



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **CÉSAR TOLEDO PERDOMO** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **CÉSAR TOLEDO PERDOMO**, por intermedio de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del

¹ «**ARTÍCULO 13. 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».



traslado efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., en el mes de enero de 2000; como consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. retornarlo junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPM administrado por Colpensiones; ordenar a Colpensiones a recibirlo y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 3 archivo DEMANDA Cd. folio 50).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folios 1 y 2 archivo DEMANDA Cd. folio 50, que en síntesis advierten, que se afilió al otrora ISS del 4 de noviembre de 1978 al 31 de noviembre de 1999. Que para el mes de noviembre de 1999 se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., por cuanto el asesor de dicha sociedad le indicó que el ISS sería liquidado y que por ello perdería las cotizaciones efectuadas a dicha entidad, a más que en el nuevo régimen obtendría mayores rendimientos financieros y podría pensionarse a la edad que decidiera. Añade que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado, sin embargo, su petición fue resuelta de manera desfavorable por cada una de ellas. Concluye advirtiendo que conforme a simulación pensional efectuada por la AFP llamada a la acción, esta arrojó un valor de mesada pensional mayor en el RPM.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, en el presente caso no han existido circunstancias que hayan viciado el consentimiento del demandante al momento de suscribir el contrato de administración de pensiones obligatorias con la AFP, pues el traslado se realizó de manera voluntaria y consciente, de acuerdo a los parámetros establecidos en el artículo



13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Propuso 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (Archivo pdf carpeta contestación Colpensiones Cd. a folio 50).

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante es completamente válido, por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente negar dicha afiliación y declarar la ineficacia o nulidad del traslado. Añade que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información, tanto para sus afiliados como para el público en general. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Archivo pdf contestación Porvenir Cd a folio 50).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de mayo de 2021, profirió sentencia en la que resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS, efectuado por el demandante a la AFP Porvenir S.A.; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión a la afiliación efectuada por el demandante, junto con los rendimientos causados, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por gastos de administración o cualquier otro concepto, los cuales deben retornar debidamente indexados; **declarar** que el demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al RPM administrado por Colpensiones; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** en costas a la AFP Porvenir S.A. (Archivo de audio denominado audiencia Cd. a folio 50).

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 entiende cumplido con algunas de las características referenciadas por el accionante en su interrogatorio de parte; 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 apoderada de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo como motivos de disidencia que la afiliación efectuada por el actor al RAIS lo fue de manera consciente, libre y voluntaria, como se puede advertir del interrogatorio de parte, en el que afirmó que tenía conocimiento de las características propias del RAIS, específicamente, lo que atañe a los rendimientos financieros que se generaban en su cuenta de ahorro individual, lo cual dependía de la volatilidad del mercado, e igualmente, que sus aportes harían parte de la masa sucesoral en caso de fallecer, por manera que se cumplieron a cabalidad las obligaciones que le correspondían a la AFP en materia de información, de conformidad con el Decreto 663 de 1993. Añade que no se puede considerar como la generación de un perjuicio al demandante, la mera inconformidad con su posible mesada pensional, dado que la misma es producto de características que él conocía, las cuales son distintas al RPM, y que por lo mismo, no implica un valor igual a la que se reconocería en este último régimen. Aduce que no es procedente el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez que tienen una destinación específica por virtud de la ley, la cual fue cumplida por la AFP, en tanto los invirtió en la correcta administración de los recursos del actor, en aras de garantizar su crecimiento o rentabilidad. Indica en cuanto a las primas de los seguros previsionales, que las mismas ya fueron pagadas a la compañía aseguradora, de suerte que no puede retrotraerse la ejecución del pago, menos aun cuando tuvieron como fin garantizar al demandante una cobertura, que no tiene lugar en el RPM.



La apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia, que la sentencia de primer grado no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en tanto Colpensiones es un tercero de buena fe que no intervino en los actos jurídicos celebrados entre el demandante y Porvenir S.A., de suerte que no puede ser favorecida ni perjudicada con el fallo que resuelva el asunto, al producir efectos *inter partes* el traslado del convocante. Añade que recibir al actor en el RPM afectaría gravemente el equilibrio el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al generarse un impacto en el PIB y la reserva pensional que se ha venido afectando con las decisiones que sobre la materia analizada se han proferido, máxime que existe un alto grado de posibilidad de reconocer a favor del actor su derecho pensional, pese a que regresa después de 21 años de estar afiliado al RAIS. Aduce que la entidad debe someterse a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 130 de 2013, por manera que no se debe desconocer que el demandante no es beneficiario del régimen de transición; además, el deber de información radicado en cabeza de Porvenir quedó acreditado en el proceso. Concluye indicando que la AFP convocada a la acción debe reconocer a Colpensiones los perjuicios que le generan la ineficacia del traslado, en virtud de la teoría del derecho civil, según la cual, quien causa el daño es llamado a repararlo, y no, un tercero de buena fe como Colpensiones.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.



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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento, con la solicitud elevada ante Colpensiones que obra a folios 41 a 46 archivo ANEXOS Cd. folio 50.

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 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 ineficacia de la afiliación realizada por el señor CÉSAR TOLEDO PERDOMO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Horizonte hoy 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 cédula de ciudadanía del demandante (fl. 5 archivo ANEXOS Cd. folio 50), historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fls. 6 a 20 archivo ANEXOS Cd. folio 50), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 21 a 28 archivo ANEXOS Cd. folio 50), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 27 a 49 archivo ANEXOS Cd. folio 50), solicitud de vinculación ante la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 50 archivo ANEXOS Cd. folio 50), liquidación pensión (fls. 51 a 53 archivo ANEXOS Cd. folio 50), acta de declaración juramentada (fl. 54 archivo ANEXOS Cd. folio 50), expediente pensional allegado por Porvenir S.A. (Archivo ANEXOS CD (1) contenido en el medio magnetofónico visible a folio 50), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta expediente administrativo Cd. a folio 50), e



interrogatorios de parte rendidos por el demandante y la representante legal de la AFP Porvenir S.A. (Archivo de audio Cd. a folio 50).

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el 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 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 4 de diciembre de 1978 hasta el 30 de noviembre de 1999, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (folios 21 a 22 archivo ANEXOS Cd. folio 50); para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 23 de noviembre de 1999 (fl. 50 archivo ANEXOS Cd. folio 50); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, 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. 50 archivo ANEXOS Cd. folio 50).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«En el año 1999 yo me encontraba laborando en Automotores Comagro (...) yo me encontraba trabajado como asesor de servicio, cuando nos reunieron aproximadamente a 15 compañeros para darnos no una asesoría, sino como una comunicación acerca del traslado de nuestras afiliaciones del Seguro Social a Porvenir, pues ellos nos explicaron que era muy conveniente pasarnos a Porvenir, porque primero íbamos a contar con grandes beneficios tales como que nos íbamos a pensionar cuando nosotros quisiéramos, segundo que muy posiblemente en un futuro el ISS iba a desaparecer, entonces de pronto nosotros quedábamos pues de alguna manera huérfanos en la parte de la seguridad (...) No su señoría la verdad yo no recibí información detallada de esta, no realmente, fue una información muy vaga y lo único que nos llegaron a decir, que nos podíamos pensionar pues realmente antes de que, de lo que la exposición de ley nos hacía cumplir tanto en edad, como en semanas cotizadas (...), nunca me explicaron de rendimientos, ni qué va a suceder con los dineros depositados, sí nos dijeron que podíamos pensionarnos antes, cuando nosotros queríamos(...)»*. Preciso que conoció sobre los rendimientos financieros con el transcurrir del tiempo, a través de las noticias y compañeros que hablaban de ese tema, lo cual ocurrió después de afiliarse a la AFP



llamada a la acción; agregó que recibe extractos en su correo, pero no entiende totalmente su contenido, acotando que sí entiende que en ellos se reflejan los rendimientos de sus aportes (Archivo de audio Cd. a folio 50).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, contrario a lo afirmado en la alzada, 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 Horizonte 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 el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado en la alzada, 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.

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, la 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, debidamente indexados como así lo dispuso el *a quo*.

No obstante, en el *sub examine*, una vez revisada la decisión de instancia, no se advierte que esta incluya de manera expresa los conceptos de descuento para el fondo de garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, a cargo de la AFP y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto que define el grado jurisdiccional de consulta, como: “*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

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 Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado adverso 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: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 29 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, los descuentos por los gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, 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 se imponen costas a cargo de Colpensiones, dado el resultado adverso 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GILMO REAL GONZÁLEZ** CONTRA **INVERSIONES CHIPAUTA S.A. Y GABRIEL ZÁRATE MARROQUÍN** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con q integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

SENTENCIA

DEMANDA: El señor GILMO REAL GONZÁLEZ, solicita se declare la existencia de un contrato a término indefinido con Inversiones Chipauta S.A. entre el 15 de abril de 1994 a la fecha; que el señor Gabriel Zárate Marroquín es solidariamente responsable frente al pago

¹ 1 «Artículo 13. **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»



de las acreencias laborales, prestaciones e indemnizaciones; que las sumas de dinero pagadas al demandante son constitutivas de salario; que el suministro de vivienda es un factor salarial.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a Inversiones Chipauta S.A. y solidariamente a Gabriel Zárate Marroquín a pagar cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones desde el 15 de abril de 1994; a pagar los aportes al sistema de seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales con el salario realmente devengado; a pagar la indemnización por terminación de contrato sin justa causa; sanción moratoria, a pagar las costas y agencias en derecho; derechos que se encuentren probados conforme a las facultades ultra y extra petita y sanción por no consignación de las cesantías.

Como pretensión subsidiaria solicita se indexen las sumas de dinero reconocidas.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 33 a 43 de las diligencias, que en síntesis advierten, que presta sus servicios en los predios de Inversiones Chipauta S.A, desde el 15 de abril de 1994, mediante contrato a término indefinido; que el contrato aparentemente fue terminado el 30 de julio de 2009, sin invocar ningún tipo de causal; que no le fue entregada copia del contrato de trabajo; que de acuerdo a certificado laboral, los servicios fueron prestados desde el 28 de octubre de 2017; que el cargo desempeñado era el de servicios de operarios y oficios varios en la ganadería; que prestó sus servicios en fincas del Municipio de Guaduas- Cundinamarca; que el empleador le suministró vivienda desde 1994 hasta el 2014; que las labores desempeñadas corresponden al objeto social de la demandada; que suscribió contrato de prestación de servicios desde el 1 de



septiembre de 2009; que no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio; que para el desplazamiento entre las diferentes fincas, ha utilizado sus propios medios económicos; que no le han hecho ningún llamado de atención; que el salario pactado fue de \$546.000, pagaderos quincenalmente; que el salario en especie corresponde al suministro de vivienda; que los pagos desde septiembre de 2017, son realizados en efectivo; que no le han pagado los recargos dominicales o festivos; que el estado de salud del demandante es precaria; que los aportes al sistema de seguridad social en pensiones presentan inconsistencias y por ello no ha podido acceder a la pensión; que desde la suscripción del contrato de prestación de servicios el demandado no ha pagado aportes a pensión; que presentó derecho de petición a su empleador y posteriormente tutela con el fin de obtener respuesta a su pedimento.

CONTESTACIÓN: INVERSIONES CHIPAUTA S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Como medios **exceptivos** propuso los de inexistencia de la relación laboral – falta de legitimidad por pasiva, inexistencia de la prestación de un servicio personal por parte de Gilmo Real González contra la sociedad demandada; mala fe del demandante; prescripción de la acción laboral (fl. 401).

El demandado, **GABRIEL ZÁRATE MARROQUÍN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción de la acción laboral, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de un contrato de trabajo continuado (inexistencia de un solo contrato de trabajo); ausencia de intensiones o estrategias del señor Gabriel Zárate Marroquín para evadir trámites, condiciones o requisitos legales; inexistencia de una relación subordinada, y autonomía e independencia del demandante en la ejecución de los servicios, inexistencia de la prestación de un servicio personal por parte



de Gilmo Real González con la sociedad Inversiones Chipauta S.A., ausencia probatoria de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la supuesta relación laboral, mala fe del demandante (fl. 458).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de julio de 2021 y en sentencia complementaria emitida el 5 de mayo de 2022, resolvió; **declarar** la existencia de dos contratos de trabajo, el primero del 15 de abril de 1994 al 30 de julio de 2009 y el segundo desde el 1 de septiembre de 2009 al 31 de diciembre de 2018 entre el demandante y Gabriel Zárate Marroquín; **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción frente contrato de septiembre de 2009 a 2018; **condenó** a Gabriel Zárate a pagar debidamente indexadas, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones; **condenó** al demandado a hacer reserva actuarial o título pensional a favor del demandante a Colpensiones por el período de agosto de 2012 a diciembre de 2018, con un IBC equivalente al salario mínimo legal mensual vigente; absolvió de las demás pretensiones; declaró probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral – falta de legitimación por pasiva, inexistencia de la prestación de un servicio personal por parte del demandante propuestas por Inversiones Chipauta S.A.; **absolvió** a Inversiones Chipauta y Gabriel Zárate Marroquín de todas las pretensiones; **condenó** en costas a Gabriel Zárate.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las costas el despacho debe indicar al no acreditar el demandante la prestación personal del servicio con la sociedad Inversiones Chipauta se le absolverá de todas y cada una de las pretensiones pues no demostró la existencia del contrato de trabajo con aquel; contrario a ello como el actor logró demostrar la prestación personal del servicio con el señor Zárate, quien no desvirtuó esa presunción haciendo uso de las facultades ultra y extra petita conferidas al juez laboral el despacho declara el



contrato de trabajo entre el señor Gabriel Zárate y el señor Gilmo Real. Para determinar los extremos el juzgado debe verificar si ese vínculo estuvo regido por un solo contrato de trabajo con vigencia del 15 de abril del 94 hasta el 31 de diciembre de 2018, indicando el hecho 15 de la demanda que el señor Gabriel Zárate procedió a darle por terminado el contrato de trabajo el 30 de julio de 2009 y que luego le hizo suscribir un contrato de prestación de servicio el 1 de septiembre de 2009, si bien existe que no hubo solución de continuidad porque en el mes de agosto permaneció en la finca Britalia, observa el juzgado que no se encuentra acreditado la prestación de servicio durante ese periodo y a favor del señor Zárate, pues aquel indicó al absolver interrogatorio que existió una interrupción del servicio, por lo tanto se deberá declarar la existencia de dos contratos de trabajo, el primero desde el 15 de abril de 94 al 30 de julio de 2009 y el segundo del 1 de septiembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2018, esta fecha teniendo en cuenta que si bien al momento en que el señor Gabriel Zárate contestó el hecho 26 manifestó que el demandante prestó su servicio hasta el año 2017, sin embargo no se puede pasar por alto que el mismo demandado allegó dos cuentas de cobro allegada por el señor Gilmo Real donde se lee que es por la prestación del servicio del mes de julio de 2018, así mismo si bien en la demanda indicó que el contrato de trabajo se encontraba vigente, la cual se presentó el 14 de julio de 2018; se advierte que con posterioridad cuando la parte actora en el escrito en el que se pronunció frente a las excepciones adujo que el contrato terminó el 31 de diciembre, situación frente a la cual la demandada no presentó oposición alguna....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la parte **demandante** interpone de recurso de apelación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, al considerar que, inversiones Chipauta fue quien se benefició de los servicios del demandante; que el objeto social de la empresa es la explotación de la avicultura y consecuencia de ello, no es atendible que sean arrendatarios pero no alleguen prueba de tal calidad; que el actor laboró en varias fincas de Inversiones Chipauta y el ganado era de la enunciada empresa; que existió intermediación laboral y tampoco hubo interrupción entre los contratos de trabajo; que no se encuentra acreditada la fecha de terminación del contrato de



trabajo en el año 2009; que las labores desplegadas por el demandante son acordes al objeto social de la empresa; que existe una verdadera relación laboral entre el demandante y la compañía intermediada por el señor Gabriel Zárate, desde el 15 de abril de 1994; que la declaración del contador, ya que su declaración favoreció a su empleador; el contrato de prestación de servicios se encuentra desvirtuado; solicita se tenga en cuenta como prueba la documental acopiada de folio 590 a 627; que fueron aportadas cuentas de cobro del año 2018, por lo que, se debe acceder a las pretensiones de la demanda.

El apoderado de la **demandada**, interpone recurso de apelación, al considerar que, el contrato de trabajo causado de septiembre de 2009 a 2018, fue de carácter civil y no laboral, además, que no se encuentra acreditada la subordinación del demandante; que no se puede confundir las órdenes con instrucciones.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y los argumentos esbozados por la sentenciadora de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar, los extremos temporales del vínculo laboral sostenido con Gabriel Zárate Marroquín, en segundo lugar, si el segundo contrato que afirmó la juez de conocimiento existió entre las partes, fue un verdadero contrato civil o por el contrario, este también fue de índole laboral, finalmente se deberá establecer si se configuran los presupuestos para fulminar condena contra Inversiones Chipauta S.A., como empresa solidaria.

DE LOS DOCUMENTOS APORTADOS AL PROCESO



Precisa la Sala que la apoderada de la parte actora en el recurso de apelación incoado, solicita se tenga en cuenta la documental acopiada el 8 de febrero de 2021, luego entonces, en estricta consonancia con el recurso elevado, se entrará a resolver en primer término esta dicotomía.

Sobre el particular, juzga conveniente recordar esta Colegiatura que conforme a las previsiones del ordenamiento adjetivo laboral, la oportunidad procesal para allegar las pruebas que se pretenden hacer valer en el trámite ordinario o especial se ciñen de la siguiente manera; a la parte demandante le corresponde elevar solicitud probatoria al momento de presentar la demanda o la reforma de la misma, de conformidad con los artículos 25 y 26 del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social; sin embargo, en tratándose de la parte demandada, las mismas deberán requerirse al momento de contestar la demanda o su reforma.

Debe señalarse, además, que la normatividad referida, exige el cumplimiento de este requisito como presupuesto fundamental para la admisión de dichos actos procesales, lo que significa, que, en el procedimiento laboral, las únicas oportunidades para solicitar y presentar pruebas son la demanda, su reforma o adición y la contestación de la demanda. Oportunidades procesales que para ambos sujetos procesales son perentorios, pues determinan de forma fehaciente el momento oportuno para la presentación o petición de los medios probatorios, los cuales deberá tener en cuenta el operador judicial al momento de decretar las mismas y dar inicio al debate probatorio.

Ahora, en lo que comporta el objeto de la prueba y su necesidad dentro del asunto jurisdiccional, innegable es referir que bajo los apremios del artículo 51 del CPT son admisibles *«todos los medios de prueba*



establecidos en la ley», agregando el artículo 53 ejusdem que el funcionario judicial como delegado de conducir el devenir probatorio «podrá» rechazar las probanzas que resulten «inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito», presupuestos visualizados en el igualdad de términos en el artículo 168 del CGP que a la letra indica:

«El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles»

Bajo esa óptica, es preciso advertir que la enunciada documental obra de folio 592 a 625 del expediente, se itera, acopiada el 8 de febrero de 2021 vía correo electrónico y el 31 de mayo de la presente calenda se celebró audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, en la que, la juez de conocimiento ordenó no tener en cuenta las misivas, argumentándose para tal efecto, que estas habían sido allegadas en forma extemporánea y frente a la cual no fue incoado ningún recurso.

Así las cosas, conforme a lo dispuesto en el artículo 84 del Estatuto Laboral, no es posible admitir documentos que no fueron decretados a favor del demandante por el *A quo*, conforme a lo dispuesto en sentencias Rad. 25889 del 30 de marzo de 2006 y SL13682 de 2016.

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SUS EXTREMOS

Con miras a resolver la *Litis* planteada, es preciso acotar por parte de esta Sala de Decisión, que en lo referente a la relación laboral y los extremos de la misma, desde la época del Tribunal Supremo del Trabajo, y en desarrollo al principio sobre la carga de la prueba, en materia procesal, incumbe a la parte demandante, demostrar la prestación del servicio humano, los extremos laborales de dicha



prestación, el cargo desempeñado, el salario devengado, la parte y la causal que dio lugar a la terminación el mismo, de conformidad con el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL.

Es así, como según el artículo 24 del CST., dispone que «*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*», de donde se colige, que basta con que el trabajador demuestre la prestación humana del servicio a favor del empleador, para que se predique la existencia del elemento de subordinación y por ende del contrato de trabajo, quedando la carga de la prueba en el patrono, quien deberá desvirtuar tal presunción, conforme lo indicado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia con radicado 44321 del 29 de octubre de 2014.

Así las cosas, con miras a dilucidar el objeto de debate, estima pertinente la Sala proceder a analizar el material probatorio recaudado, dentro del cual aparecen las siguientes documentales, dado que no fueron tachadas de falsas, desconocidas, ni reargüidas por las partes, en los términos previstos en los artículos 269 y subsiguientes del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T:

1. Informe de angiografía fluoresceínica (fl. 5);
2. Comprobantes de recaudo realizados por el Banco Bogotá (fl. 7 a 10)
3. Certificado de pago de aportes al sistema de seguridad social (fl. 11 a 17)
4. Examen realizado por la EPS Salud Ocupacional S.A.S.
5. Historia clínica y exámenes médicos (fl. 19 a 32)
6. Certificación laboral emitida el 28 de octubre de 2017 (fl. 241).



7. Trámite de tutela adelantado por el demandante (fl. 243).
8. Copia de la Resolución No. SUB 73931 del 20 de marzo de 2018 (fl. 283)
9. Certificado de tradición de inmuebles (fl. 287 a 315)
10. Certificado emitido por Davivienda (fl. 315 a 320)
11. Liquidación de vacaciones y prestaciones sociales (fl. 415, 449, 450, 471, 472, 521 y 522);
12. Autorización de retiro de cesantías dirigido a Colfondos (fl. 417, 451, 473, 523)
13. Contrato de trabajo suscrito entre Gabriel Zárate y el demandante (fl. 419, 453, 475).
14. Certificación de pago de servicios (fl. 424, 480, 481)
15. Paz y salvo suscrito por el demandante (fl. 426, 452, 474, 482, 524)
16. Contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes (fl. 427, 483, 525)
17. Acta de junta de socios (fl. 431 a 438, 511 a 518)
18. Planilla de autoliquidación de aportes a seguridad social integral (fl. 439, 444 a 446, 501, 506)
19. Planilla de pagos efectuados por el demandado (fl. 440 a 443; 502 a 505, 50, 508)
20. Contrato de arrendamiento de potreros (fl. 487)
21. Reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 489)
22. Respuesta emitida por el extinto ISS a derecho de petición (fl. 496)
23. Solicitud de corrección de historia laboral dirigida a Colpensiones (fl. 497)
24. Oficio librado por el Tribunal Superior de Bogotá (fl. 498)
25. Desprendible de pago efectuado a Banco Davivienda (fl. 500).
26. Recorte de noticia (fl. 509).



Del mismo modo fueron escuchados los testimonios, dentro de los cuales aparece la declaración de Ana Flor Roa De Real, José Alonso Hernández, Edwin Milciades Morela Torres y Bertha Patricia Zárate, así como los interrogatorios de parte practicados al representante legal de la empresa Inversiones Chipauta S.A., Gabriel Zárate Marroquín y Gilmo Real González (Cd. Fl. 629).

De esta manera, y en lo que atañe a la testigo Ana Flor Roa de Real, esta informó ser la esposa del demandante, que le consta que su esposo empezó a trabajar en el año 1994 en la Finca Britalia; que las funciones asignadas fueron las de ver *“el ganado, tenía que ir a revisar el ganado y por allá de pronto cerca dañadas las arreglaba, estaba pendiente de todas las fincas, aparte de Britalia había otras fincas”*; que vivían en la enunciada propiedad, junto con sus hijos, porque su compañero era el administrador de la finca, pero no pagaban un arriendo; que no sabe el tipo de contrato suscrito por su cónyuge con el señor Zárate; que *“él trabajó, 19 a 20 años y durante ese tiempo no salió de vacaciones en ningún momento”*; no da cuenta si fue despedido y tampoco si le fue pagada alguna indemnización; que conoce a otros empleados pero no sabe cómo se llaman; quien le impartía órdenes era *“el doctor Zárate”*; que durante dos años, el demandante llevaba a unos niños al Colegio en la mañana y en la tarde los recogía, pero con el permiso o autorización del señor Zárate; que pedía permiso al señor Zárate para ausentarse de sus labores; que el señor Fernando Hincapié – trabajador del señor Zárate, en algunas ocasiones le dio instrucciones a Gilmo; tampoco dio información de los valore pagados a partir de 2008.

A su turno José Alonso Hernández, quien es el revisor fiscal de la Sociedad Chipauta desde el 2018, pero con anterioridad fungió como contador público de la misma, indicó que laboró para el señor Zárate desde 1994; que conoce al demandante, porque los dos son oriundos



del Municipio de Guaduas – Cundinamarca; que el señor Gilmo laboró hasta el año 2009, cuando se retiró y *“se empezó como en el 2010 hasta el 2019”* y le consta tal hecho, porque para dicha anualidad, él era encargado de mirar las liquidaciones; que don Gabriel Zárate era quien le impartía órdenes al actor, vía telefónica, dados a los problemas de seguridad que enfrentaba el demandado; que los pagos eran efectuados por don Gabriel Zárate en forma quincenal; que Inversiones Chipauta S.A., se encarga de arrendar predios, pero no tiene ganado en ellos, ya que entregan o autorizan al señor Zárate para que los tenga, sin cobrar ningún tipo de arriendo; que con la empresa convocada a juicio el demandante no tienen ningún tipo de vínculo, *“todo ha sido con el doctor Zárate”*; que después de la celebración del contrato de prestación de servicios, eran elaboradas cuentas de cobro y presentadas ante el deponente o en ocasiones éste le ayudaba a elaborar dichos documentos; que el demandante se encargó *“de ver del ganado, lo que era la sal, de estar pendiente del traslado de las vacas, pues como eran varias, eran bastante, de hacer lo de las vías de movilización, todo lo que era del ganado del doctor”*.

Edwin Milciades Morela Torres, conoce al señor Gabriel Zárate hace más o menos siete años, porque maneja el cultivo de aguacate que este tiene en la finca “el Amparo”; que actualmente el ganado es cuidado por una persona, pero no la conoce; que no sabe cuál era el monto pagado a favor del actor; que sabe que el actor cuidaba el ganado de don Gabriel, por cuanto, *“don Gilmo llegaba con el doctor Gabriel y pues cuando empecé a trabajar con ellos me lo presentaron e igual un día él se presentó yo estaba en una finca del doctor y él llegó y se presentó como Gilmo Real administrador del ganado de don doctor Gabriel Zárate”*; que don Gilmo prestó los servicios aproximadamente dos o tres años anteriores a la declaración rendida, que al parecer no siguió trabajando porque se



pensionó; que el señor Gabriel daba instrucciones vía telefónica e iba al Municipio cada 20 días o cada mes.

A su turno, Bertha Patricia Zárate, hija del demandado y administradora de Inversiones Chipauta; que su papa no tiene ningún tipo de injerencia en la sociedad convocada a juicio, sin embargo, *“por la edad de mi papa lo dejamos que usufructúe de manera gratuita absolutamente lo que él quiera, si él quiere los pastizales, si quiere sembrar aguacate, si quiere tener 4 vacas las puede tener sin ninguna, sin que a nosotros nos llegue absolutamente un peso de eso”*; que no conoce al demandante; que la empresa no cuenta con una marca para identificar el ganado, porque no lo tienen; que nunca le dio instrucciones u órdenes al demandante; que con el señor Gabriel Zárate nunca se suscribió algún tipo de contrato con Inversiones Chipauta; que la empresa tampoco ha realizado préstamos al actor.

El señor Gabriel Zárate Marroquí, en calidad de demandado, informó haber hecho la liquidación del contrato de trabajo en 2009; que el motivo de la terminación del contrato en el año enunciado había sido, *“porque nos fuimos a liquidación y yo dependía básicamente de inaves Fuenterrabía para poder poner el pollo, no teniendo ni quién me diera la comida, ni quién me diera el pollino pues me toco salir del negocio y nos quedamos con la granja sin pollo”*; que *“la quiebra de la compañía me llevó a mí a la quiebra, entonces que podíamos hacer, liquidarlos y todo lo hicimos con buen ánimo sin ningún problema todos aceptaron y teníamos a cerca de 280 trabajadores y ni uno me ha puesto problema, a todos les liquidamos, solamente a don Gilmo que le dio por poner problema”*; que entre él y Gilmo se suscribió contrato de prestación de servicios y las labores asignadas eran la de *“ver el ganado mío y a mantener los potreros en buen estado y las cercas, eso potreros y esas cercas no son de Gabriel Zarate, son de inversiones Chipauta, y como es familiar me los dejan utilizar para tener las pocas reses que tengo ahora que he podido ir subiendo después de que quede casi*



liquidado"; que el contrato feneció en el año 2009, pero no recuerda la fecha de suscripción del contrato de prestación de servicios; que él le pagaba por intermedio de Alonso, que el dinero salía de su bolsillo.

En lo atinente a la interrupción del vínculo laboral, señaló, *"él quedaba sin hacer nada, después de unos meses lo volví a emplear para que siguiera viendo el poquito de ganado que me había quedado después del secuestro, yo tenía digamos unas 150-280 reses y solamente quede con 20 vacas y un toro y ahí he ido, y más que todo lo tengo por hobby por hacer algo"*

Daniel Ciales en calidad de representante legal de Inversiones Chipauta S.A., *"lo único que ha hecho comercialmente la sociedad es, si uno va físicamente a las grajas lo puede entender fácilmente, y es que de una granja que tiene una extensión amplia las granjas para el levante de pollo ocupa un espacio, pero el resto de la finca que son algunos otros predios pues son aprovechable, situación que mi abuelo, el señor Gabriel Zárate se le permitió que él fuera quien usufructúa esos predios de manera independiente, autónoma y sin recibir ni un solo beneficio por parte de nosotros y esa fue una decisión que se tomó, a nivel familiar, básicamente las inversiones Chipauta lo único que hacen es emitir una factura y recibir un pago, por alquilar únicamente las granjas"*.

A su turno, el demandante, señor Gilmo Real González, indicó que, a él le habían dicho que tocaba suscribir otro contrato porque *"estaban mal"* haciendo alusión al señor Zárate; que Gabriel Zárate enviaba dinero a Fernando Hincapié para que éste a su turno le pagara; que se encargaba *"del ganado, de la finca, mejor dicho, tenía que ver cercas, mandar rozar las fincas, los potreros y estar muy pendiente del ganado..."*; respecto a los pagos por los servicios prestados, indicó que, *"cuando eso me pagaba don Fernando Hincapié que estaba de contador cuando eso, el doctor mandaba la plata, pero don Fernando me daba la plata a mí, después otra doctora que hubo, varios contadores que hubieron, el doctor giraba la plata y*



ellos me pagaban, mandaban una nómina uno la firmaba y entregaba ese recibo lo devolvían ellos para Bogotá”, refiriéndose al doctor, al señor Zárate; que a partir del año 2009 empezaron a hacer los “recibos”; que “tenía que pasar reporte de que se estaba haciendo que se iba hacer”; que el doctor, era quien le decía que hacer, aunque la persona que estaba pendiente todo era el señor Alonso; que don Gabriel le autorizó tener ganado en la finca donde laboraba; que cuando necesitaba pagar a obreros, él se encargaba de hacerle llegar la información al demandado y él le consignaba.

En claro lo anterior se advierte que, en lo tocante a los extremos del nexo, es precisamente que surge la discrepancia de la parte accionante en tanto ha defendido que tal circunstancia se consumó, sin interrupción, desde el 15 de abril de 1994 y vigente hasta la fecha de presentación de la demanda, aduciendo como sustento de tal reclamo que la vinculación se desplegó a través de un contrato de prestación de servicios; empero, pese a anunciar con vehemencia tal aspecto, lo cierto es que del elenco de elementos probatorios lo afirmado por éste carece de trascendencia. Del caudal probatorio allegado al expediente, se tiene que, entre Gabriel Zárate Marroquín y Gilmo Real González, se celebró contrato de trabajo el 15 de abril de 1994, situación frente a la cual no existe controversia alguna, sin embargo, si se muestra inconformidad frente a la fecha de finiquito contractual, declarada por la juez de conocimiento el 30 de julio de 2009, cuando se alega solo un vínculo contractual hasta el 31 de diciembre de 2018.

Para resolver esta inconformidad, se tiene que, la parte demandada aportó con el escrito de contestación de demanda, autorización de retiro de cesantías causadas a 2009 y por si fuera poco, para dar fuerza a esta afirmación, fue allegada copia de la liquidación de prestaciones sociales, en la que se establece en forma transparente como extremos



del vínculo contractual el 15 de abril de 1994 y fecha de finalización el 30 de julio de 2009 (fl. 419, 472).

Consecuencia de lo anterior, no existe duda alguna para esta Sala, que, del caudal probatorio acopiado, se puede establecer con plena certeza que el contrato entre las partes, en efecto, se terminó el 30 de julio de 2009.

Sin embargo, no se pasa inadvertido que la parte actora alegó que sus servicios se presentaron sin ningún tipo de interrupción con el demandado, hasta el año 2018, luego entonces, verificado el acervo probatorio, se tiene certificación emitida por el señor Gabriel Zárate Marroquín, en el que, indicó *“El señor GILMO REAL GONZALEZ, identificado con CC 19.221.191 de Bogotá, presta sus servicios de operario y oficios varios en la actividad de ganadería, desde el día 1 de septiembre de 2009 y según último contrato de prestación de servicios prorrogado se terminara el día 31 de Diciembre de 2017”* (fl. 242).

Que en los interrogatorios no se puede colegir que los mismos sean contestes a desvirtuar tal afirmación, sin embargo, el señor José Alonso Hernández, da fuerza al hecho de que, hubo interrupción en el contrato celebrado entre las partes, al indicar, que vio la liquidación de prestaciones sociales reconocida al actor y que debido a la situación económica del señor Zárate, este se vio obligado a vender parte de los bienes que tenía, hecho que coincide con la declaración rendida por el representante legal de Inversiones Chipauta y la hija del demandado, al afirmar, que la economía no solo del demandado se vio afectada, sino la familiar, debido a un hecho delictivo sufrido contra la vida e integridad del señor Zárate.



Así, no existe prueba que dé soporte de los extremos temporales pretendidos o que disientan a los declarados por el funcionario judicial de primera instancia, en tanto, obra certificación laboral, que da cuenta de un nuevo contrato a partir del 1 de septiembre de 2009, escrito auxiliado por el mismo demandante con el escrito genitor y que sirvió de soporte para la resolución judicial bajo análisis.

Por otro lado, preciso resulta indicar que la H. Corte Suprema de Justicia ha advertido que las constancias inmersas en los reportes de semanas cotizadas o en los formatos de afiliación, no dan lugar a tener por constituido un nexo contractual de carácter laboral, al ser indispensable la existencia de aquellos presupuestos reglados en el artículo 23 del CST y, en específico, porque dicha documental no da certeza del elemento de subordinación, como ha sido *in extenso* adoctrinado por esa Alta Corporación, entre muchas, en las sentencias SL 13758-2017 Rad. 50845 de 5 de septiembre de 2017 y SL 087 de 2018, por lo que, como documento independiente no comportan la certeza necesaria para declarar la preexistencia de un contrato, siendo entonces su valor reafirmado cuando obren otros medios de convicción y, por lo tanto, lleven a ratificar el nacimiento a la vida jurídica de un contrato de trabajo, así como los extremos de su desarrollo. En ese sentido lo adujo en sentencia SL 16528 Rad. 46704 de 26 de octubre de 2016, al indicar:

«Por otra parte, y no obstante que la Sala ha sostenido, que la afiliación a la seguridad social no implica necesariamente la existencia de una relación laboral, vista la contundencia de los anteriores medios de prueba, en el caso en particular que nos ocupa, la afiliación por parte de la empresa al riesgo de salud, sería una elemento más de la existencia del contrato de trabajo»

Sobre el particular, oportuno resulta hacer referencia que del reporte de semanas cotizadas en pensiones, militante a folio 252 de las



diligencias, se relaciona como empleador desde el 21 de mayo de 1994 al aquí demandado, Gabriel Zárate Marroquín hasta el 31 de julio de 2009 y a partir del mes de agosto de la misma anualidad, se visualiza el pago como trabajador independiente del demandante, careciendo de fuerza jurídica y probatoria para dilucidar las funciones, salarios y subordinación, que dieran lugar a acreditar una continuidad temporal hasta el mes de septiembre de 2009.

Razón por la cual, ningún reproche merece la determinación del *A quo*, máxime cuando la ausencia de pruebas no puede ser trasladado a los demás actores de la contienda judicial, no solo porque, como ya se indicó, la carga demostrativa se encuentra en su haber probatorio bajo los apremios del artículo 167 del CGP, sino porque aquellas pruebas requeridas en el escrito de demanda fueron incorporadas y avaladas en tal forma por el accionante, según da cuenta la audiencia de que trata el artículo 77 del Estatuto Adjetivo Laboral (CD folio 629).

De cara a esta narración, fluye innegable mencionar que no resulta ajustado al acervo documental la disidencia planteada por la activa, por lo que, conforme a la prueba aportada y los hechos probados que no permiten ejecutar un análisis de permanencia en el nexo, es que habrá de confirmarse la resolución judicial impartida por el Juzgado de conocimiento.

DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL

Alega la parte actora, que Inversiones Chipauta es la verdadera empleadora del demandante, siendo el señor Gabriel Zárate Marroquín, un simple intermediario en dicho vínculo contractual, ya que la beneficiada con la obra fue la empresa y no la persona natural convocada a juicio.



Para tales efectos, se debe traer a colación lo dispuesto en el artículo 35 del CST, que a la letra expone;

“...1. Son simples intermediarios las personas que contratan servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un [empleador].

2. Se considera como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un [empleador], para beneficio de éste y en actividades ordinarias, inherentes o conexas con el mismo.

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del patrono. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas”

Distingue la preceptiva legal, en dos clases de intermediarios, quienes se limitan a reclutar trabajadores al servicio de un tercero y segundo, a quienes agrupan o coordinan trabajadores para que laboren al servicio de un tercero, pero en ambos casos, el tercero es el encargado de impartir las órdenes e instrucciones al trabajador, así lo ha preceptuado la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia con radicación 12187 del 27 de octubre de 1999.

Así las cosas, para predicarse que se está en presencia de un simple intermediario de una relación laboral, debe tenerse en cuenta, la subordinación, ejercida frente al prestador del laborío.

Para tal efecto, debe tenerse presente que, el demandante en el interrogatorio de parte, manifestó haber prestado sus servicios para el señor Gabriel Zárate Marroquín y a su turno, el enunciado demandado, asintió haber contratado al actor para que le cuidara el ganado que éste tenía, entre 1994 a 2009, afirmación que, de acuerdo al caudal



probatorio relacionado con precedencia, se corrobora, por lo tanto, estamos en presencia de confesión, por los extremos litigiosos, conforme a lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del proceso al cual nos remitimos por integración normativa del artículo 145 del Código Procesal Laboral (contrato de trabajo, liquidación de prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social integral en pensiones).

En segundo lugar, debe precisarse, que los testigos citados al proceso por las partes, se mostraron contestes al afirmar que, quien le daba instrucciones al demandante era el señor Gabriel Marroquín, vía telefónica, que a la hora de pedir permisos, era éste quien los autorizaba durante las vinculaciones declaradas y confirmadas en la presente providencia.

Luego entonces, el hecho de que Inversiones Chipauta tenga predios en el Municipio de Guaduas, ello no es óbice, para que se pregone, que ella fue la verdadera empleadora del demandante, pues no se avizora, la subordinación en cabeza de la demandada, ni tampoco el pago de la remuneración, pues esta era asumida por el demandado, tal y como lo señaló en el interrogatorio de parte los extremos litigiosos.

Por otro lado, el mismo demandante, informó que en caso de que necesitara algún material, producto o pagar a alguna persona u obrero que trabajara en la finca, él iba al Municipio, informaba y el señor Zárate enviaba el dinero.

Lo anterior, constata que la relación laboral existente lo fue entre el demandante y la persona natural, tal como acertadamente lo precisó la *A quo*.



REAJUSTE DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

La parte actora, a través del presente proceso solicitó el reconocimiento y pago del reajuste de la indemnización por despido injusto, teniendo en cuenta el salario realmente devengado por el demandante, de conformidad a la pretensión 102 del escrito genitor (fl. 338), sin embargo, anticipa esta Colegiatura que el mismo será negado, teniendo en cuenta, en primer lugar, que la juez de primera instancia declaró que el salario devengado por el demandante era el salario mínimo legal mensual vigente, a excepción del año 2016, anualidad para la cual se había acreditado una remuneración de \$1.020.400, en segundo lugar, al cartapacio procesal no fue allegada la liquidación o pago efectuado por el demandado a favor del señor Gilmo Real González.

Consecuencia de lo anterior, ante la falta de prueba que demuestre el valor reconocido a favor del ex trabajador, no es posible fulminar condena por este concepto.

Aunado a lo anterior, de acuerdo a lo expuesto en la sentencia complementaria, se tiene que, se efectuó estudio de la indemnización por terminación del contrato de trabajo, no encontrando acreditado el despido, por lo que, debe esta Sala de decisión precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó



en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto².

Colofón de lo anterior y de acuerdo a las disposiciones contenidas en el párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., en donde se ha indicado que la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda alegar causales o motivos distintos, en tanto que, “... *no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo*” (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Siendo ello así, de la prueba documental arrimada al cartapacio procesal ni de las declaraciones rendidas por los extremos procesales, ni los testigos, se puede concluir que el demandante, hubiese despedido, por lo tanto, se confirmará la decisión en este ítem.

Si bien, la apoderada de la parte actora, reclama se accedan a las pretensiones incoadas en el libelo genitor, no se incoó o sustentó en el recurso de alzada, reproche frente a los temas objeto de estudio y diferentes a los ya debatidos.

COSTAS. Sin costas en esta instancia, dadas las resultas de los recursos de alzada.

² sentencia SL4547-2018, Radicación No. 70847 del 10 de octubre de 2018



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

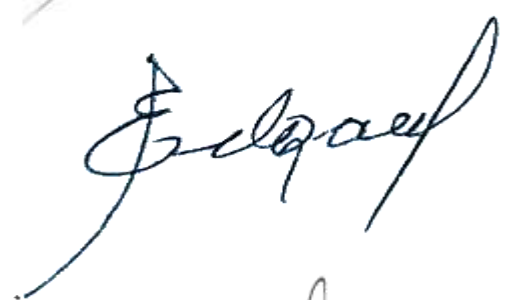
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública en audiencia celebrada el 28 de julio de 2021 y complementada el 5 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GILMO REAL GONZÁLEZ** contra **GABRIEL ZÁRATE MARROQUIN y Otros**.

SEGUNDO. COSTAS. Sin costas en esta instancia, dadas las resultas de los recursos de alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARTHA ELENA RENDÓN HOYOS** CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP. (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 **MARTHA ELENA RENDÓN HOYOS** a través de apoderado judicial, pretende se declare que tiene derecho a la protección especial del retén social establecido en el artículo 12 de la

¹ **«ARTÍCULO 13. 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».*



Ley 790 de 2002, en tanto entre la fecha del retiro y el cumplimiento de los requisitos mínimos de pensión existe un lapso menor a tres años, e igualmente, que es merecedora de la pensión de jubilación convencional conforme al artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, a partir del 25 de septiembre de 2016; en consecuencia, se condene a la convocada al reconocimiento y pago de la prestación, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 100% del promedio de lo percibido dentro de los últimos 3 años de servicios, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 3 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 archivo 01 del expediente digital, en los que nació el 27 de abril de 1964, motivo por el cual cumplió 50 años el mismo día y mes de 2014. Agrega que laboró al servicio del ISS como trabajadora oficial 952,29 semanas equivalentes a 18 años, 6 meses y 4 días, comprendidos entre el 25 de septiembre de 1996 y el 31 de marzo de 2015. Indica que a la fecha de terminación de su vínculo laboral le faltaban menos de 3 años para cumplir los requisitos mínimos de la pensión convencional. Señala que entre la organización sindical Sintraseguridadsocial y el ISS se suscribió una Convención Colectiva el 31 de octubre de 2001, cuya vigencia se previó hasta el 31 de octubre de 2004, salvo que el mismo texto haya fijado una vigencia diferente. Que el artículo 98 de la mencionada Convención estableció la pensión de jubilación, con una vigencia que va más allá del año 2017. Aduce que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión, en petición del 18 de abril de 2018, misma que fue negada mediante la Resolución RDP 030315 del 25 de julio de 2018.

CONTESTACIÓN: La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES**



PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que, la Convención Colectiva perdió vigencia y adicionalmente, la solicitante no se encuentra amparada por dicho régimen, ya que mientras la edad la alcanzó en el año 2014, el tiempo de servicio no es suficiente; amén que aun cuando lograra acreditar los 20 años de servicios exigidos, para esa fecha los efectos del acuerdo ya habían expirado. Agrega que el artículo 48 Superior, modificado por el Acto Legislativo 001 de 2005, establece como regla general, que a partir de su entrada en vigencia (29 de julio de 2005) no existirán más regímenes especiales ni exceptuados, añadiendo que después del 31 de julio de 2010 ya no podrán aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas, salvo que los existentes antes de la entrada vigencia del Acto Legislativo, estipularan como término, una fecha posterior.

Excepciones: Formuló las que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe, improcedencia de intereses moratorios y compensación (fls. 1 a 7 carpeta 03).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 2 de mayo de 2022, resolvió **absolver** a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra; **declarar** probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, buena fe e improcedencia de intereses moratorios, formuladas por la convocada y **condenar** en costas a la demandante (Archivo de audio 12 del expediente digital).



Lo anterior por considerar el *a quo*, que la protección del retén social prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, no es de carácter absoluto, en tanto no existe un derecho fundamental a la conservación perpetua del trabajo o a su permanencia indefinida, en tanto implica que los trabajadores beneficiarios no pueden ser despedidos, salvo que exista una motivación como la liquidación de la entidad, dado que la prerrogativa tiene vigencia desde el inicio del proceso de liquidación y hasta su extinción material y jurídica. Así, indica que en el presente caso, la liquidación de la entidad se ordenó a través del Decreto 2013 de 2012, por manera que la activa solo se benefició del retén social desde la expedición de dicha norma, hasta el 31 de marzo de 2015, fecha esta en la que se liquidó definitivamente su empleador, por lo que no procede el reconocimiento del retén social hasta el año 2016, cuando según la demandante cumpliría 20 años al servicio del ISS. Indica que en todo caso, conforme al Acto Legislativo 001 de 2005 los requisitos de edad y tiempo de servicios exigidos por la norma convencional, debían completarse ante del 31 de julio de 2010, sin embargo, la activa cumplió 50 años el 27 de abril de 2014 y no acredita 20 años de servicios, al demostrar 18 años, 6 meses y 4 días.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandante **MARTHA ELENA RENDÓN HOYOS**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, solicitando su revocatoria, por considerar en síntesis que tiene derecho a que se le aplique a su favor la prerrogativa del retén social prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, y a su vez, se disponga el reconocimiento de las pretensiones invocadas en la demanda, pues laboró hasta el 31 de marzo de 2015, porque en dicha data cesó la prestación personal del servicio de los trabajadores del ISS, y en ese momento contaba con 18 años, 6 meses y 4 días, de labores, es decir se encontraba a menos de 3 años para optar por el reconocimiento de la pensión de jubilación, acotando que si bien la Ley 790 de 2002, estableció una aplicación



temporal hasta el 2005, la jurisprudencia ha sido clara en indicar que tal norma tiene alcance en tratándose de todos los trabajadores estatales en liquidación; por tanto, debe aplicarse a su favor el artículo 98 convencional que exige 50 años y 20 años de servicios al ISS, el cual tiene su aplicación más allá de lo previsto en el Acto Legislativo 001 de 2005, en los términos de la Corte Suprema de Justicia.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

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 emana de la Resolución RDP 030315 del 25 de julio de 2018 que milita a folios 132 a 134 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 recurso de apelación formulado, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se



permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si la demandante es beneficiaria del retén social en condición de prepensionada.

De resultar afirmativa la anterior premisa, determinar si la señora MARTHA ELENA RENDÓN HOYOS, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscita entre Sintraseguridadsocial y el ISS.

RETÉN SOCIAL

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el expediente digital de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 14 archivo 01), reclamación administrativa (fls. 16 a 17 archivo 01), Resolución 265 de 2006 emanada del otrora ISS (fls. 19 a 21 archivo 01), certificaciones de información laboral e información de pagos (fls. 23 a 27 archivo 01), certificación afiliación demandante a la organización sindical Sintraseguridadsocial (fl. 28 archivo 01), Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004 (fls. 30 a 114 archivo 01), registro civil de nacimiento de la demandante (fls. 129 a 130 archivo 01), Resolución RDP 030315 del 25 de julio de 2018 (fls. 131 a 134 archivo 01), expediente administrativo (carpeta 03), probanzas de las cuales se advierte que la señora, Martha Elena Rendón Hoyos nació el 27 de abril de 1964 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 14 archivo 01), motivo por el cual cumplió 50 años el mismo día y mes del año 2014; además, laboró al servicio del ISS del 26 de septiembre de 1996 al 30 de marzo de 2015 en el cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos, según se constata de la certificación militante a folio 23 archivo 01 del expediente digital, tiempo este que equivale a 18 años 6 meses y 4 días de servicios.



Procede esta Sala a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, para lo cual ha de memorar que la figura del retén social es una medida de protección de la estabilidad reforzada, creada por el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, reglamentado por el artículo 12 del Decreto Nacional 190 de 2003, por medio de la cual se expiden las disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública, y en lo que se refiere al punto de debate, señala:

«Artículo 12. Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley».

Ahora, en tratándose de la aplicación de dicha figura a los prepensionados, la Corte Constitucional en sentencias T – 338 de 2008 y T – 261 de 2010, indicó:

«Así, la noción de persona próxima a pensionarse, en el nuevo contexto jurídico, debe formularse en relación con el término de liquidación de las empresas objeto del programa de renovación de la administración pública. Por tanto, se considerarán prepensionados aquellas personas próximas a pensionarse que cumplan con los requisitos para tal efecto dentro del término de liquidación de la empresa, fijado por el acto que la suprime y hasta tanto se liquide y se extinga su personalidad jurídica.

“La proximidad en la consolidación del derecho a obtener la pensión de vejez, debe ser analizada en cada caso particular y concreto con base en criterios de razonabilidad, para que esta protección se extienda a quienes realmente se encuentran frente a una clara expectativa de causar el derecho pensional”.

11. En suma, el Retén Social es una garantía de estabilidad laboral para las madres y padres cabeza de familia, los discapacitados y los servidores públicos, a quienes les falte tres o menos años para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicio



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

para pensionarse; contados desde la fecha del acto que fije la supresión de la empresa, hasta la extinción de la personalidad jurídica de la misma. No se trata de una garantía absoluta sino que cada grupo de beneficiarios debe cumplir unos requisitos básicos para ser protegido con esta figura, y pueden ser desvinculados de la empresa solo cuando exista justa causa».

Dando alcance a la normatividad y al precedente jurisprudencial en cita, diáfano resulta para la Sala concluir que la figura del retén social reclamada por la parte activa, no resulta aplicable a su caso particular, pues esta pretende darle efectos a dicha figura más allá de la liquidación definitiva del otrora ISS, en tanto que por esta busca que se le reconozca un tiempo servido a favor de la entidad desde la fecha de su desvinculación hasta que complete los 20 años de servicios; pedimento que a todas luces desdibuja la protección deprecada, porque esta implica la protección en el empleo en el lapso comprendido entre la orden de liquidación de la entidad y su desaparición material y jurídica, en tratándose del grupo de personas conformados por padres y madres de familia, así como los discapacitados y prepensionados.

Así, como quiera que el ISS entró en proceso de liquidación desde el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, que culminó con la desaparición definitiva de la entidad el 31 de marzo de 2015, es claro que no hay lugar a cobijar a la activa con la mentada prerrogativa, en tanto esta conservó su empleo hasta la última data referida, como informan las certificaciones laborales arrojadas al informativo.

De suerte que, en ningún desatino incurrió el Juzgado de Conocimiento al negar la aplicación del retén social deprecado en el *libelo demandatorio*.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

Previo a dilucidar si la activa es merecedora de la pensión de jubilación prevista en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre



Sintraseguridadsocial y el ISS, habrá de definirse su vigencia a la luz del Acto Legislativo 001 de 2005.

Para el efecto, se trae a colación al análisis del caso, la sentencia SL3635-2020, radicación 74271 del 16 de septiembre de 2020, en la que se examinó una situación fáctica y jurídica similar al caso puesto en consideración por esta Sala, consistente en establecer: *«si el Acto Legislativo 01 de 2005 limitó, hasta el 31 de julio de 2010, la vigencia de las normas colectivas de carácter pensional acordadas antes del 29 de julio de 2005 -fecha de expedición de la enmienda constitucional».*

Luego de conformar el entramado jurisprudencial de las diferentes posiciones que ha sostenido la Sala de Casación Laboral, inclusive para mejor proveer la Corte en la sentencia atrás aludida rectifica de manera parcial la posición respecto de la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto que en las providencias anteriores como en la SL2543-2020, dejaba entrever que no era posible extender las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010, en torno de lo cual, precisó lo siguiente:

«Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cubre un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010».

Así las cosas, al fijar su última postura, concluye la Corte que en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, se presentan tres situaciones, que deben ser sopesadas en cada caso particular, a saber:



«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 ibídem, 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». (Negrilla fuera del texto).

Bajo esa misma óptica, atendiendo a la situación particular de la actora frente a lo establecido en la Convención Colectiva del extinto Instituto de Seguros Sociales, en especial del artículo 98 prescriptor de la pensión de jubilación que aquí se reclama, y que también fue objeto de examen por el máximo tribunal de esta jurisdicción en similares términos, se puede educir que hay lugar a su entendimiento bajo la primera regla atrás definida, es decir, que al haber sido pactada con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y no operar la prórroga automática, dado que es un clausulado que fijó una vigencia temporal excepcional, esto es, hasta el año 2017, tal prerrogativa debe entenderse y aplicarse bajo el entendido de la expresión por el «plazo inicialmente pactado», y así lo afincó de manera expresa:



«En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia».

Criterio que ha sido propalado entre otras sentencias la SL4163-2021.

Colofón de lo anterior, habida cuenta que el artículo 98 consagra la pensión de jubilación solicitada, contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, se abre paso para la Sala el estudio de los requisitos estructurantes de la misma, en orden a establecer si le asiste o no derecho a la actora a su reconocimiento.

El artículo 98 de la Convención Colectiva en cuestión es del siguiente tenor (fls. :

«El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

(i) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*

(ii) *Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*

(iii) *Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

(...)). (Subraya fuera de texto).

Puestas así las cosas, no es objeto de discusión que la actora nació el 27 de abril de 1964 como da cuenta la copia de su cédula de ciudadanía



(fl. 14 archivo 01), motivo por el cual cumplió 50 años el mismo día y mes del año 2014; además, laboró en calidad de trabajadora oficial para el extinto Instituto de Seguros Sociales – ISS del 26 de septiembre de 1996 al 30 de marzo de 2015 con un total de tiempo laborado de 18 años 6 meses y 4 días, tal como se consigna a folio 23 archivo 01 del expediente digital, por lo que diáfano resulta que no causó la pensión de jubilación de jubilación deprecada, como con acierto lo estableció el Juzgado de Conocimiento.

Dimanando en la confirmación del fallo opugnado.

COSTAS . Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *a quo*. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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 Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública virtual celebrada el 2 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA ELENA RENDÓN HOYOS** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *a quo*. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.



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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA DEL PILAR PIÓN MAYORGA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

SENTENCIA

DEMANDA: La señora MARÍA DEL PILAR PIÓN MAYORGA por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., para que previos los

¹ 1 «Artículo 13. **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»



trámites procesales pertinentes se declare la ineficacia del traslado efectuado, por omisión en el deber de información y por tanto continúa afiliado al RPM.

Consecuencia de lo anterior, se condene a Protección a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses con los rendimientos causados, a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 58 a de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 31 de enero de 1965; que empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales el 3 de octubre de 1984; que ha cotizado más de 1300 semanas en los dos regímenes pensionales; que la mesada pensional en Protección correspondería a \$1.213.521; que durante los últimos 10 años de cotización efectuó aportes sobre 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que en enero de 1996 se trasladó a Davivir hoy Protección; que no recibió asesoría clara y precisa sobre las consecuencias de su traslado; que suscribió el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria; que, el 25 de junio solicitó a Colpensiones dejar sin efecto la afiliación efectuada al RAIS, pero esta fue resuelta en forma desfavorable.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al discurrir que, la actora gozaba de autonomía para cambiarse de régimen y en tal sentido era consciente a la hora de suscribir el formulario de afiliación y tal movimiento fue efectuado en forma libre y voluntaria. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación,



cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fl. 77).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al estimar que, no se encuentran acreditados vicios del consentimiento al haberse suscrito el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria, respetando el derecho de libre elección. Como medios **exceptivos** propuso los de, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, 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, la innominada o genérica (medio magnetofónico aportado a folio 90).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintinueve (29°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 18 de mayo de 2022, resolvió; **declarar** ineficaz la afiliación realizada por la demandante a Protección S.A. y consecuencia de ello, **declaró** que el traslado nunca se había materializado; **ordenó** a Protección S.A. devolver a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos realizados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicha entidad; **ordenó** a Colpensiones recibir los dineros provenientes del RAIS; **se abstuvo** de imponer condena en costas; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



“...Así entonces, el despacho encuentra, que, pues, dando aplicación a la línea jurisprudencial no se evidencia que se haya cumplido con ese deber de información, es decir, sin hacer mayores disquisiciones podemos concluir que se dan todos los presupuestos esbozados en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, para declarar la ineficacia del traslado, ante la falta de pruebas que le dé certeza al juzgado respecto del cumplimiento de ese deber de información.

...

El despacho en acatamiento de esa línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta nuestros días, pues, deberá declarar la ineficacia del traslado de la demandante, ordenar la devolución de sus aportes y rendimientos, no condenar en costas a ninguna de las partes...”.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de Colpensiones presentó alegaciones de instancia.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, sin que la parte demandada Colpensiones interpusiera recurso de apelación, la decisión fue enviada a fin de que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su



cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 47 del expediente y la cual fue remitida por correo certificado el 25 de junio de 2019.

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 grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por María del Pilar Pión Mayorga al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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



CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, formulario de afiliación al Instituto de Seguros Sociales (fl. 27); reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones (fl. 28); respuesta de Protección al derecho incoado por la demandante (fl. 29); formulario de afiliación a Davivir (fl. 32); historia laboral emitida por Protección (fl. 33); certificado emitido por la Oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda (fl. 45 y 116 del medio magnetofónico, fl. 90); petición incoada ante Protección (fl. 51); copia de la cédula de la demandante (fl. 68); reporte de estado de cuenta emitido por Protección S.A. (fl. 46 del medio magnetofónico, fl. 90); historia laboral para iniciar el proceso de reclamación de bono pensional (fl. 121 del medio magnetofónico, fl. 90); certificado SIAFP (fl. 123 del medio magnetofónico, fl. 90); resumen historia laboral emitido por Colfondos (fl. 133 del medio magnetofónico, fl. 90).

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin,



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el parágrafo 1.° 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 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.

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 vinculado al Instituto de Seguros Sociales en forma interrumpida entre el 3° de octubre de 1984 al 1 de noviembre de 1992, tal como se advierte de la historia laboral que fuera allegado con el líbello genitor, para luego trasladarse a Davivir hoy la AFP Protección S.A., el 1° de febrero de 1995, fondo, al cual se encuentra



actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que una señorita fue a visitarla y llenó el formulario de afiliación; que la atención fue brindada en forma individual y decidió trasladarse pensando que el fondo era lo mismo que el Seguro Social y tenía más renombre el uno que el otro; en este momento desea retornar al RPM, al estimar que, la mesada pensional que le puede ser reconocida en el RAIS no satisface sus necesidades, dados las operaciones aritméticas arrojadas en la plataforma web del ente de seguridad social.

A su turno, la representante legal de Protección a la hora de rendir su declaración, informó que no conoce las circunstancias en que se efectuó el traslado de la afiliada y tampoco tiene un documento o prueba diferente al formulario de afiliación para acreditar la información suministrada en su momento, máxime que las asesorías eran brindadas de manera verbal; respecto a la asesora que efectuó el



traslado de la señora Pion Mayorga, no sabe cuál era su grado de instrucción ni tampoco las capacitaciones brindadas frente al sistema pensional.

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

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, 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 aportes y gastos de administración.

En este aspecto, se tiene que, tal como 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, la devolución de tales emolumentos 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, esta Sala considera pertinente adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A., devolver los rendimientos, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual², 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.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*», por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

² Sentencia CSJ SL 1055-2022



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

COSTAS.

Sin costas en esta instancia al conocerse del trámite en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 18 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARÍA DEL PILAR PION MAYORGA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.**, en el sentido de **CONDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y los rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.



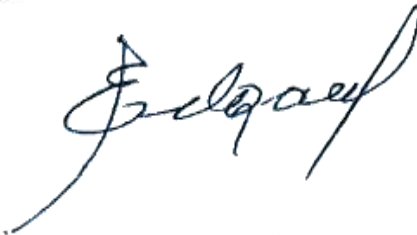
SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO. 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.

A handwritten signature in brown ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is positioned above the name.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Édgar Rendón Londoño", is positioned above the name.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is positioned above the name.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HENRY VARGAS RIVERA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HENRY VARGAS RIVERA**, por intermedio de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado

¹ **«ARTÍCULO 13. 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».*



efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., por omisión en el cumplimiento del deber de información; como consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes en pensiones por él realizados, como cotizaciones, bonos, aportes adicionales con todos su frutos e intereses como lo dispone el artículo 1747 del C.C., esto es, con todos los rendimientos que se hubieren causado; condenar a Colpensiones a validar sus aportes trasladados por la AFP Porvenir S.A. e incorporarlos en su historia laboral debidamente detallada; condenar en costas y agencias en derecho a las demandadas (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folios 2 a 3 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 20 de febrero de 1963, motivo por el cual en la actualidad cuenta con 56 años. Refiere que comenzó a cotizar al otrora ISS desde el 27 de febrero de 1989 hasta el 1º de abril de 1999, data en la cual se afilió a la AFP Porvenir S.A., sin que le fuera explicado de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen, ni la diferencia en el monto pensional que se reconoce en uno u otro régimen. Concluye indicando que solicitó ante ambas demandadas su traslado al RPM, lo cual le fue resuelto en sentido negativo únicamente por la AFP Porvenir S.A.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación al RAIS, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la C.P.), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho



no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la C.P. adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 y la innominada o genérica (fls. 61 a 67).

A su turno, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, la afiliación realizada por la parte demandante con Porvenir S.A, fue producto de una decisión libre e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 01159317 -documento público- en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 03 Cd. obrante a folio 101).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 14 de junio de 2022, profirió sentencia en la que resolvió **declarar** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; **declarar** la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 25 de marzo de 1999; **condenar** a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por



concepto de gastos de administración, estos últimos debidamente indexados; **ordenar** a Colpensiones a recibir al demandante como afiliado al RPM sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; **condenar** en costas a la AFP Porvenir (Archivo de audio 14 Cd. a folio 101).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente proceso más allá del formulario de afiliación del demandante a Porvenir, no median pruebas que acrediten que la AFP cumplió con el deber de información y específicamente, que hubiese brindado asesoría sobre las características de cada uno de los regímenes pensionales, las diferencias entre estos, las ventajas y desventajas de cada uno de ellos, acotando que de la manifestación efectuada por el actor en el formulario, en modo alguno se desprende que este hubiese recibido la información, en los términos que ha señalado la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, pues a lo sumo lo que indica es que se suscribió el formulario de manera libre, más no informada, lo cual no se subsana con la comunicación mediante la cual la AFP pretendió referirle al actor que entraría en la prohibición de traslado prevista en la ley, dado que no existe constancia que el accionante la haya recibido.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de la **AFP PORVENIR S.A.**, formuló recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo como motivos de disidencia que de acuerdo al principio de confianza legítima el Estado no puede cambiar de manera súbita las reglas de juego que regulan las relaciones de las partes, tal como se expuso en la sentencia C-131 de 2004, no obstante, el Juzgado de Conocimiento le restó valor probatorio al formulario de afiliación allegado a las diligencias, pese a que para la época del traslado del actor, las normas vigentes lo definían como el requisito de existencia y validez del acto; de manera que se está obligando a la AFP allegar pruebas que no se exigían para el año 1999, muy a pesar que la



sociedad tenía la plena confianza que tal documento era suficiente para acreditar la existencia del traslado, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 692 de 1994, artículo 11.

Indica que tampoco se debe restar valor a la comunicación de fecha 25 de marzo de 2014, mediante la cual se le informó al demandante que estaba próximo a cumplir la edad de 52 años, y que por tal motivo entraría en la prohibición de traslado; sumando a ello que, conforme a la documental adosada y al interrogatorio de parte rendido por el actor, éste presentó total desinterés sobre su situación pensional, pues solo hasta el año 2018 se acercó a validar su información. Indica que el consentimiento dado por el demandante en el año 1999 fue informado, libre, voluntario y consciente, el cual se vio ratificado con su vinculación por más de 21 años a la AFP Porvenir. Aduce que conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, los efectos de la ineficacia implican el traslado de los recursos en los términos del artículo 103 de la normatividad *ejusdem*, por manera que no deben remitirse los gastos de administración debidamente indexados, menos aun si se afecta a un tercero y a una de las partes, esto es, el patrimonio de Porvenir S.A., a más que se está generando un enriquecimiento sin justa, porque se están reconociendo los rendimientos financieros, aun cuando los mismos no se generan en el RPM. Concluye afirmando que la condena en costas está desconociendo el factor objetivo previsto en el artículo 365 del CGP, pues solo se impuso en contra de Porvenir, por manera que para no entenderla como una sanción, también debe imponerse en contra de Colpensiones, o absolverse a la AFP.

A su turno, la apoderada de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que conforme al artículo 2° de la Ley 797 de 2003, cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para adquirir la edad mínima de pensión, no podrán trasladarse de régimen, a menos que a la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993,



contaran con 15 años de servicios cotizados, lo cual se sustenta en la conservación del principio de sostenibilidad financiera del sistema, acotando que el actor no es beneficiario del régimen de transición, por tanto, no tiene derecho al traslado en cualquier tiempo, conforme lo disponen las sentencias C-789 de 2012, C-1024 de 2004, SU 062 de 20210 y SU 130 de 2013, pues a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, contaba con 160 semanas de cotización y a la fecha en que solicitó su retorno al RPM, ya había cumplido 56 años. Añade que la preservación del equilibrio financiero del sistema implica un estudio de rentabilidad, como así lo dispuso la sentencia 062 de 2010.

Indica que para la fecha de traslado, al fondo de pensiones no puede exigírsele una proyección pensional o un deber de asesoría y buen consejo, cuando ello no estaba previsto en el ordenamiento jurídico, de manera que la decisión de primer grado desconoce el principio de confianza legítima. Afirma que debe considerarse el principio de relatividad jurídica, toda vez que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la AFP Porvenir y el demandante, debiendo este acto tener efectos *inter partes*, por manera que Colpensiones no debe verse favorecida, ni perjudicada con la decisión que se adopte en este caso.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

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 no se evidencia su cumplimiento, dado que no obra petición ante Colpensiones tendiente a obtener la ineficacia del traslado, por lo que se entiende agotada 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 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 ineficacia de la afiliación realizada por el señor HENRY VARGAS RIVERA 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 cédula de ciudadanía del demandante (fl. 15), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 24 a 26 y 79 a 84), historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 27 a 36), simulación pensional emanada de la AFP Porvenir S.A. (fls. 37 a 38), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 39 a 49), proyección pensional en el RPM (fl. 50), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 78), expediente pensional allegado por la AFP Porvenir (Archivos 03 y 06 contenidos en el Cd. obrante a folio 101), e interrogatorios de parte rendidos por el demandante y el representante legal de la AFP Porvenir (Archivo de audio 14 Cd. a folio 101).

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 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.° 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 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 1º de julio de 1989 hasta el 31 de marzo de



1999, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (folio 79); para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 25 de marzo de 1999 (fl. 22 archivo 03 Cd. a folio 101); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social, conforme da cuenta la certificación vista a folio 43 archivo 03 contenido en el Cd visible a folio 101; 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 Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 22 archivo 03 Cd. a folio 101).

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 le indicaron que *“el fondo de cesantías Porvenir era el mejor fondo en su momento en el país, pues para mí era cierto porque era el más popular y, pues que el Seguro Social pronto se iba a acabar o lo iban a liquidar, no, no creo que haya mucho tiempo para que se liquidara, adicional pues nos dijo de algo de que uno, si uno no llegaba a cumplir las, los que, los requisitos de pensión uno podría hacer el retiro en el fondo privado, lo cual no sucedería en el Seguro Social, eso fue lo que se le entendió”*. Preciso que no le informaron sobre los requisitos para pensionarse en la AFP Porvenir (Archivo de audio 14 Cd. obrante a folio 101).



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 en la alzada, 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.

Circunstancia que no se subsana con la comunicación datada 25 de marzo de 2014, dirigida al actor para informarle que al cumplir los 52 años, no podría trasladarse de régimen, que obra a folio 23 archivo 03 contenido en el Cd. militante a folio 101, pues no existe prueba que tal comunicación en



efecto se le haya remitido al extremo activo, y en todo caso, no se relaciona con ninguna asesoría brindada a la fecha del traslado, que es lo que importante en este tipo de casos.

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.

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, la 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 así lo dispuso el *a quo*.

No obstante, en el *sub examine*, una vez revisada la decisión de instancia, no se advierte que esta incluya de manera expresa los conceptos de descuento para el fondo de garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, a cargo de la AFP y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto que define el grado jurisdiccional de consulta, como: “*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.



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 Porvenir manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición en su contra de costas procesales, la cual no se hizo extensiva a Colpensiones. 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 Provenir, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas, siendo oportuno acotar que sobre Colpensiones, dicha condena no puede hacerse extensiva por petición de la AFP Porvenir, dado que a esta sociedad no le asiste interés sobre este tópico, pues el llamado a debatirlo es el actor, como beneficiario directo de las costas, quien no efectuó ningún reproche al respecto.



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.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de junio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, debidamente indexados, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, 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

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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **HEBERTO GÓMEZ CABRAL** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ **«ARTÍCULO 13. 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.



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **HEBERTO GÓMEZ CABRAL** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional realizado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. en el mes de septiembre de 1998, y todos los traslados posteriores, por omisión en el deber de información, al igual que, se encuentra válidamente afiliado a al RPM administrado por Colpensiones, y que, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a la Ley 797 de 2003. En consecuencia, se condene a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS; condenar a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a la luz de la Ley 797 de 2003, desde el cumplimiento del último requisito para el efecto; se condene a todo aquello que resulte probado *Ultra y Extra petita*, costas y agencias en derecho (fls 3 y 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 8 de las diligencias, que en síntesis indican que el demandante nació el 4 de octubre de 1953; cotizó al RPM desde el 10 de enero de 1979 hasta el 31 de agosto de 1998, un total de 389 semanas; en septiembre de 1998 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, y el 1º de noviembre de 2013, se vinculó a la AFP Skandia S.A. Refiere que ninguna de las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

3

administradoras convocadas le informaron, previo traslado, las implicaciones de tal acto jurídico, ni tampoco sobre las desventajas del RAIS, las ventajas del RPM o, los distintos escenarios comparativos de pensión en un régimen y en otro. Sostiene que radicó derecho de petición ante la convocadas, solicitando la anulación de su afiliación al RAIS y el traslado a Colpensiones, sin embargo, ello le fue resuelto en sentido desfavorable por las entidades.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra, al considerar en esencia que, la afiliación al RAIS se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el mismo, suscribiendo los formularios correspondientes. Añade que el actor al 1º de abril de 1994, no cuenta con 15 años de servicios cotizados, por manera que no tiene la posibilidad de trasladarse en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fls. 143 a 155).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones formuladas en su contra al considerar en esencia que, la afiliación del demandante fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, en la que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

4

A del CPT. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica (fls. 97 a 104).

Por su parte, la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló su oposición a las pretensiones formuladas en su contra al considerar en esencia que, la afiliación del actor estuvo precedida de su vinculación a la AFP Porvenir S.A., por manera que ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen, por lo tanto, la asesoría en el caso particular, se tomó como una reafirmación de los argumentos conocidos por el actor, máxime que las sociedades del RAIS presentan las mismas características, acotando que la única diferencia con Skandia, radica en la rentabilidad. **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. 232 a 249).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 23 de febrero de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación que efectuó el demandante al RAIS ante Porvenir S.A. el 20 de agosto de 1998; **declarar** que el demandante actualmente se encuentra afiliado de manera efectiva al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a Skandia a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual el demandante a Colpensiones, junto con sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

5

respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales, en proporción al tiempo en que el demandante estuvo afiliado a ella; **ordenar** a Skandia y a Porvenir trasladar a Colpensiones el valor de las cuotas de administración descontadas al demandante, en proporción al tiempo que estuvo afiliado a cada una de ellas; **ordenar** a Colpensiones recibir el traslado de las sumas descritas, así como activar la afiliación del actor al RPM e integrar en su totalidad su historia laboral; **negar** la pensión de vejez solicitada y conminar al actor para que una vez se encuentre perfeccionada su afiliación al RPM, presente ante Colpensiones la respectiva reclamación y eventual corrección de la historia laboral; **declarar** no probadas la excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y demás presentadas por la parte pasiva; **condenar** a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. al pago de las costas (Archivo de audio 09 CD a folio 263).

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, 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. Negó el reconocimiento de la pensión de vejez, pues pese a que el actor al 1º de abril de 1994, contaba con la edad para ser beneficiario del régimen de transición, a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, no acredita 750 semanas, y a la luz de la Ley 797 de 2003,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

6

no demuestra 1.300 semanas, lo cual no obsta para que Colpensiones proceda a integrar de manera completa la historia laboral del demandante y se determine su corrección, si es del caso.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **HEBERTO GÓMEZ CABRAL** formuló recurso de apelación, argumentando que *«respecto de la pretensión de la pensión, como la historia laboral que reposa en el expediente administrativo data del año 2018 cuando se radicó la demanda, a la fecha y con un conteo de tiempos que se realizó, nos da 1304 semanas, entonces solicito al Tribunal que se verifique el cúmulo de semanas, con una historia laboral reciente al momento en que se vaya a resolver el recurso de apelación, con el fin de revocar este aparte de la sentencia impugnada en fecha y hora y se proceda al reconocimiento de la pensión»*.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada contra el fallo de primera instancia, por considerar que, el deber de información ha tenido una evolución conforme lo ha dicho la sentencia SL 1452 del 2019, acotando que el primer estadio se da conforme al artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el segundo, surge la Ley 1328 del 2009 y, el último, nace con la Ley 1748 el 2014, por tanto, la asesoría del actor debió cumplir las previsiones de la primera norma en mención, en concordancia con la Circular 19 de 1998 proferida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual entendía válidamente emitido el consentimiento del trasladado de régimen pensional, con la sola suscripción de formulario afiliación, siendo claro que cumplió a cabalidad con la normatividad vigente para la época. Añade que la ley no tiene efecto retroactivo, por ende, no se le puede dar aplicación a las normas que surgieron con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

7

posterioridad al acto jurídico de traslado y tampoco se le puede exigir a la AFP brindar una documentación inexistente para la época. Manifiesta que carece de visos de prosperidad la devolución de los gastos de administración y comisiones, porque en el RPM también se destina un 3% de la cotización a financiar los mismos, y por ello es claro que no están llamados a financiar la prestación de vejez del demandante, característica que además genera la consecuencia de encontrarse afectados por la prescripción. Concluye afirmando que la Superintendencia Financiera de Colombia mediante concepto emitido el 15 de enero el 2020, manifestó de manera expresa que en los eventos en los que surge la ineficacia del traslado, los únicos dineros que se deben retornar a Colpensiones, son las cotizaciones y los rendimientos financieros.

Por su parte, la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** formuló recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo como motivos de disidencia, que no hay lugar a remitir con destino a Colpensiones los gastos de administración, porque estos no se encuentran taxativos dentro de los emolumentos que deben trasladarse durante la ocurrencia de una movilidad entre regímenes, según el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, pues en su texto solo se contemplan los aportes de la cuenta de ahorro individual y los dineros del fondo de garantía mínima, lo cual es coherente con lo previsto en la Ley 100 de 1993, misma que contempla un porcentaje del aporte a la administración de los recursos del demandante y al pago de las primas para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, las cuales protegieron al actor durante su vinculación a Skandia, y que fueron trasladados a una aseguradora, por manera que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

8

la AFP ya no cuenta con tales rubos. Añade que los gastos de administración provienen de un contrato de seguro previsional que se encuentra regido 1081 del C. de Co, en cuyo texto se prevé un término de prescripción de 2 años, por manera que sobre tales emolumentos ya operado dicho fenómeno.

Finalmente, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no existe certeza si el aporte efectuado por el demandante al RAIS sea suficiente para cubrir la pensión de vejez que eventualmente le llegue a reconocer Colpensiones, y menos aún en el caso si llega a superar la expectativa de vida, que claramente conllevaría un detrimento económico para la entidad. Indica que no es procedente la inversión de la carga de la prueba y radicarla en cabeza de la administradora privada, con la simple manifestación del actor sobre la ausencia de una debida información, ya que ello implica imponer una carga a la AFP que resulta ser desproporcionada, además, del haz probatorio, y en particular del interrogatorio rendido por el actor, se tiene que este suscribió dos formularios de afiliación de una manera consciente, libre y voluntaria, dando lugar a traslados válidos, a más que mes a mes pagó sus aportes y efectuó traslados horizontales, sin manifestar inconformidad, al no acercarse a ninguna oficina para el efecto, conductas que dan cuenta de actos de relacionamiento que evidencian su voluntad de estar afiliado al RAIS. Concluye indicando que la simple inconformidad del actor con su expectativa financiera, no da lugar a la ineficacia de traslado.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las entidades demandadas allegaron sus alegaciones finales.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento, con la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 91 a 94 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el señor HEBERTO GÓMEZ CABRAL al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

Definida la anterior premisa, establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 cédula de ciudadanía del demandante (fl. 38), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 39 a 41, 66 a 68 y 158 a 162), historia laboral emitida por AFP Old Mutual hoy Skandia (fls. 42 a 48, 58 a 65 y 223 a 236), extractos emitidos por AFP Old Mutual hoy Skandia (fls. 99 a 57), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 69 a 82, 86 a 89, 91 a 95, 214 a 222), formularios de afiliación a las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. (fls. 83 a 85, 90, 213), escenarios de pensión y hoja de vida actuario (fls. 96 a 120), expediente administrativo (Cd. a folio 156), certificado de afiliación Colpensiones (fl. 157), historia laboral válida para bono pensional (fls. 237 a 239), comunicados de prensa (fls. 261 a 262), e interrogatorios de parte rendidos por el demandante y representante legal de la AFP Porvenir S.A. (Archivo 09 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



33201800246 01

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».



33201800246 01

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).



33201800246 01

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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su



33201800246 01

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 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:



33201800246 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia,



33201800246 01

pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



33201800246 01

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 10 de enero de 1.979 hasta el 31 de agosto de 1998, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 158); para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 20 de agosto de 1998 (fl. 85); finalmente, el 2 de agosto de 2010, se trasladó a la AFP Skandia (fl. 83); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social, como emana de la historia laboral visible a folios 223 a 229; 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. 85).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que «Una reunión que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se hizo en la empresa con una presentación de Porvenir a la que pertenecía el Banco de Occidente, allá tenía las cuentas, tenía los ingenieros con una de las empresas que yo laboraba. Una presentación y luego llené un formulario que ya estaba casi todo diligenciado, con los datos que había dado el grupo de personal de la empresa (...) En esta reunión nos contaron la condición en la que estaba el Instituto de Seguros Sociales, el ISS en esa época, el seguro cierre por quiebra del Instituto, los beneficios que teníamos con los fondos privados, como entidad particular, que manejaba mejor unos aportes, mejor rendimiento, mejor posibilidad que nos íbamos, yo me iba a poder pensionar, que fue lo que más me interesó, más joven, dependiendo de los tiempos y los dineros». Para dar claridad, indicó que se le indicó que, según la información dada por la AFP, se podía pensionar más joven y con una mayor mesada que en el ISS, de manera general, sin hablar de números; no le indicaron qué sucedería con sus aportes si fallecía, y tampoco le explicaron cómo podría obtener una mejor pensión o que tenía la posibilidad de hacer aportes voluntarios (Archivo 08 Cd. a folio 263).

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.

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 contario 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

A lo anterior debe sumarse que, sobre la tesis de los actos de relacionamiento que se menciona en la alzada, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, mediante la sentencia STP15228-2021, ordenó a la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, deje sin efecto el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021 y resuelva nuevamente el recurso extraordinario de casación, acatando los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral –permanente en relación con la ineficacia del traslado de régimen pensional o, surta el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, con el fin que la Sala permanente se pronuncie sobre la necesidad de modificar la línea jurisprudencial relativa a la consideración de los llamados «*actos de relacionamiento*» como factor de definición de la eficacia del traslado de régimen pensional.

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 en la alzada, 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, se advierte que



sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Porvenir S.A. y Skandia S.A.

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.

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

En tal virtud, la 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 o comisiones, como así lo dispuso el *a quo*.

No obstante, en el *sub examine*, una vez revisada la decisión de instancia, no se advierte que esta incluya de manera expresa los conceptos de descuento para el fondo de garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, a cargo de todas las AFP de manera indexada y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto que define el grado jurisdiccional de consulta, como: “*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Skandia, 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). Lo cual, implica además, que al caso no es procedente dar aplicación del término de prescripción previsto en el Código de Comercio.

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.

PENSIÓN DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si el convocante es merecedor de la pensión de vejez que reclama, bajo los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 1° de enero de 2005



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año, hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015. En lo que atañe a la edad, a partir del año 2014, la misma se incrementará a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se tiene que el demandante nació el 4 de octubre de 1.953, tal como se desprende del documento de identidad visto a folio 38, lo que implica que cumplió los 62 años de edad el mismo día y mes del año 2015.

Ahora bien, del reporte de semanas cotizadas más actualizado que obra en los folios 223 a 219, se establece que a julio de 2017, tan solo cuenta con 1.235,43 semanas, de lo cual es claro que no supera el mínimo de semanas requeridas por la norma; no siendo atendible en este punto, proceder a decretar una nueva prueba en esta instancia, como así se peticiona en el recurso de apelación formulado por el actor, para verificar el cumplimiento de tal requisito, como quiera que ello era carga que correspondía al convocante en virtud del artículo 167 del CGP, a más que en su interrogatorio de parte indicó de manera clara, que dejó de realizar cotizaciones al Sistema General de Pensiones desde el año 2017 (Archivo de audio 08 Cd. a folio 263), de manera que no existen nuevos aportes para verificar, según su propio.

Aunado a anterior, si bien el actor al 1° de abril de 1994, contaba con 40 años como emana de su cédula de ciudadanía, que lo haría beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no logró su conservación, más allá del 31 de julio de 2010, dado que a la



entrada del Acto Legislativo 001 de 2005 cuenta con 659,42 semanas (fls. 223 a 229).

Conforme a ello, es claro para la Sala que no se cumplen por parte del demandante los requisitos exigidos por la norma aplicable al caso para acceder a la pensión de vejez, razón por la que el Juzgado de Conocimiento acertó al negar el reconocimiento de tal prestación, con la acotación que una vez se haga efectivo su retorno a Colpensiones, el convocante podrá hacer las solicitudes de correcciones de historia laboral, si a ello hubiere lugar.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 23 de febrero de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, los descuentos realizados para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, debidamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

33201800246 01

34

indexados, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **MARLENY AROCA FAJARDO** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 13. 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 **MARLENY AROCA FAJARDO** a través de apoderado judicial, pretende se declaren la nulidad del traslado inicial del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A.; se ordene su retorno inmediato al RPM en Colpensiones; se ordene a la AFP la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados; se ordene a Colpensiones activar la afiliación en el RPM y se condene a lo que resulte probado *extra y ultra petita* (fls. 11 a 12 archivo 008 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 10 archivo 008 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 12 de septiembre de 1959, y estuvo afiliada al sistema a partir del 1° de agosto 1984 como empleada pública; cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el ISS desde el 1° de diciembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 2000. Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba laborando como empleada pública, por lo que es beneficiaria del régimen de transición, y que contaba con más de 750 semanas de cotización a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005; que se encuentra cobijada por el régimen de empleada oficial, lo que le da derecho a pensionarse con 55 años de edad y 75% del IBL. Afirma que el fondo privado no le informó que al ser beneficiaria del régimen de transición tenía derecho a pensionarse bajo



la norma anterior que le permitía unas condiciones más favorables, y que ese beneficio solo lo podía mantener en el RPM; que tampoco le suministró un cálculo actuarial que le permitiera establecer la diferencia entre el valor de la mesada pensional en uno u otro régimen; no le informó acerca de la modalidad de retiro programado. Sostiene que el fondo privado faltó a su deber profesional de analizar su situación pensional particular y vulneró sus expectativas legítimas para pensionarse bajo las condiciones más favorables en el RPM; que no le suministró una información clara, completa y cierta de las consecuencias del traslado. Indica que solicitó ante las demandadas la nulidad de traslado inicial del régimen pensional, peticiones que fueron negadas por las entidades demandadas.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, el traslado del RPM al RAIS fue solicitado por decisión propia de la demandante, suscribiendo los formularios para efectuar dicho traslado. Además, el artículo 2° 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 faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al RPM en cualquier momento. Añade que el



Decreto 692 de 1994 en su artículo 11 establece que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez o muerte. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó excepción error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (Archivo 016 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a través de *curador Ad Litem*, manifestó su oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar que se logra de mostrar que la demandante contó con la información suficiente y veraz para que firmara de manera libre y voluntaria formulario de afiliación a favor de la AFP. Añade que, no se puede desconocer que todas las condiciones, características y beneficios para que su derecho pensional estuviera satisfecho, se encontraban en los artículos 59 y ss de la Ley 100 de 1993 y por ser una ley de carácter nacional, ordena a todos los que conforman el Estado colombiano, tener conocimiento de ella, esto en concordancia con el artículo 9° del Código Civil, que establece que el desconocimiento de las normas no puede servir como excusa, más cuando la entidad Porvenir obtuvo el consentimiento libre de vicios. Sostiene que, la demandante contó con la totalidad de sus capacidades para firmar el formulario y tuvo varios años para solicitar la información que ella requería, a fin de acceder al cambio de régimen pensional en un periodo quinquenal o, en su defecto, hasta 10 años antes de obtener la edad para la pensión. **Excepciones:** Formuló como medios



exceptivos los que denominó excepción de inexistencia de la obligación y la genérica o innominada (Archivo 035 del expediente digital).

Por su parte, la vinculada en calidad de litis consorcio necesario **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, manifestó su oposición a las declaraciones y condenas, en la medida que, si se declara ineficaz el traslado de régimen de la demandante, dicha entidad al no administrar desde el 30 de junio de 1995 el RPM por efectos de insolvencia de la extinta Caja de Previsión Social del Distrito a través de los Decretos Distritales 349 y 350 de 1995, jurídicamente se le impide reconocimiento alguno dentro del régimen de transición. Señala que revisados los requisitos exigidos por la demandante bajo la óptica del artículo 136 de la Ley 100 de 1993, no cumple con las condiciones descritas en cuanto a la edad y tiempo de servicio para acceder al beneficio del régimen de transición. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación para reconocer y pagar las pensiones de jubilación o vejez de Foncep, ausencia en la causa para solicitar traslado al régimen de prestación definida por falta de requisitos y cumplimiento de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, excepción genérica (Archivo 054 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada



el 25 de abril de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por la actora del RPM al RAIS; **ordenar** a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración y comisiones debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; **ordenar** a Colpensiones a recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A.; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** en costas a cada una de las demandadas; **absolver** al Foncep de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la parte actora (Archivo de Audio 062 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.**, interpuso recurso de



alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que, la afiliación que tuvo la actora con el fondo para el año 2000 es completamente válida y eficaz, toda vez que se trasladó de manera libre y voluntaria, en ejercicio del derecho de libre elección de régimen pensional. Afirma que, si no hubiera existido información por parte del fondo, no hubiera tenido motivo alguno para firmar el formulario de afiliación y permanecer todos estos años en el RAIS. Añade que, para el año 2000, se cumplió con lo dispuesto en la normatividad, conforme lo dispone la Ley 100 y el Decreto 663, los cuales señalaban que lo más importante era que los fondos privados por medio de sus asesores no coaccionaran este derecho de libre elección. Sostiene que, no puede ser exigido otro tipo de obligaciones o que el fondo privado deba contar con otra prueba diferente a la afiliación, a más que es un imposible jurídico, pues han transcurrido muchos años desde el traslado, teniendo en consideración que la actora no ha hecho ninguna manifestación, entendiéndose así que estaba conforme con el RAIS. En virtud de lo anterior, afirma que este traslado sí se ratifica con las debidas cotizaciones efectuadas, y con la permanencia dentro del régimen.

Manifiesta que, la ineficacia se alega por la presunta falta del deber de información, pero quedó demostrada la inconformidad de la demandante con la mesada pensional, sin ser un motivo suficiente para demandar este tipo de procesos; a más que, para el momento del traslado, el fondo privado no estaba en la obligación de realizar alguna proyección pensional, y si ésta se hubiera realizado, seguramente variaría en el tiempo. Por último, solicita que el fondo no tenga que



devolver los conceptos de gastos de administración, pues las administradoras de fondos de pensiones están autorizadas para hacer esa deducción, máxime que los aportes y rendimientos son suficientes para financiar una mesada pensional en el RPM.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, al considerar en síntesis que, la entidad está sufriendo perjuicio con el fallo de primera instancia, pues la forma en que se distribuyen los recursos en el RAIS es distinta al RPM, el cual administra recursos públicos de un fondo común, por lo que, permitir que una persona que esté próxima a la edad de pensionarse sea recibida en el RPM, provoca una descapitalización del sistema financiero y va en contra del principio de sostenibilidad que establece el artículo 48 de la Constitución Política, así como los principios de eficiencia y equidad. Añade que, al momento del traslado de la demandante, esta no era beneficiaria del régimen de transición, es decir, no contaba con una expectativa pensional. Afirma que la parte demandante no conoce el monto pensional con el cual se pensionaría en un régimen y otro, así como tampoco quedó probado que se le ocasione algún perjuicio, ni cuál fue ese error o vicio dentro de su consentimiento.

Sostiene que tampoco intentó retornar a Colpensiones, ni se acercó a recibir asesoría del RAIS, régimen donde permaneció por más de 22 años, y que actualmente se encuentra dentro de una prohibición legal. Solicita se revoquen las condenas impuestas, no se impongan costas



ni agencias en primera y segunda instancia, porque Colpensiones no tuvo que ver en el negocio jurídico que suscribió la actora con Porvenir.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las entidades demandadas allegaron sus alegaciones finales.

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 5 a 10 archivo 005 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 MARLENY AROCA FAJARDO 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, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fl. 5 archivo 002 del expediente digital), reporte de semanas cotizadas Colpensiones (fls. 3 a 6 archivo 003 del expediente digital), historia laboral consolidada Porvenir (fls. 7 a 18 archivo 003 del expediente digital), oficio radicado en Porvenir (fls. 20 a 26 archivo 003 del expediente digital), respuesta de Porvenir (fls. 1 a 2 archivo 005 del expediente digital), formulario de vinculación a Porvenir (fl. 4 archivo 005 del expediente digital), oficio radicado en Colpensiones con su respectiva respuesta (fls. 5 a 13 archivo 005 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 062 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

34201700445 01 17

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

34201700445 01 22

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en 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 se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de diciembre de 1995 hasta el 31 de marzo del 2000, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 119 archivo 018 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. en fecha 21 de marzo del 2000 (fl. 4 archivo 005 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición 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. 4 archivo 005 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 *«(...) fue una reunión colectiva, pero no fue como tal una reunión no, en ese momento estábamos laborando, había unos pacientes que requerían la urgencia. En ese momento, llegaron los asesores de Porvenir y nos hicieron firmar sin darnos ninguna explicación, simplemente nos dijeron que había cambiado la ley y que por tal debíamos cambiarnos al fondo de pensiones de privados. (...) fue bajo presión porque ellos estaban con el afán de recoger la documentación porque estaba también tarde, y yo estaba bajo presión porque tenía unos pacientes que me estaban esperando para la apertura de la historia clínica. (...) duró 10 minuticos, pero no tuve explicación de nada, simplemente me hicieron firmar y yo firmé (...)»* (Archivo de audio carpeta 062 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y 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 entidades 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, 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, 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, la 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 o comisiones, debidamente indexadas, como así lo dispuso el *a quo*.

No obstante, en el *sub examine*, una vez revisada la decisión de instancia, no se advierte que esta incluya de manera expresa los conceptos de descuento para el fondo de garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, a cargo de todas las AFP de manera indexada y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto que define el grado jurisdiccional de consulta, como: “*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

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.

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 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.



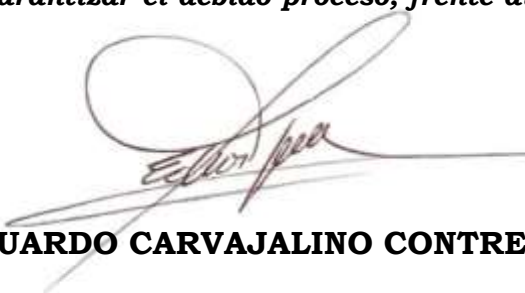
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 25 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, los descuentos realizados para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, debidamente indexados, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

34201700445 01 33

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SANITAS S.A. E.P.S.** CONTRA **LA NACIÓN-MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**. (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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: SANITAS S.A. E.P.S., a través de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la **NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y **CONSORCIO FIDUFOSYGA**

¹ **«ARTÍCULO 13. 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

38201600541 03

2005² pretendiendo que se declare administrativa extracontractual y solidariamente responsables a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social y a las sociedades fiduciarias que conforman el Consorcio Fidufosyga 2005, por los perjuicios materiales que le fueron causados, con ocasión de la falta de reconocimiento y pago por concepto de cobertura y suministro efectivo a los usuarios de dispositivos médicos denominados stents medicados durante el período comprendido entre junio de 2009 y noviembre de 2010, no incluidos en el POS y no costeados por la UPC que se le reconoce a cargo de la Subcuenta de Compensación del Fosyga, que efectivamente fueron cubiertos por la EPS. En consecuencia, se ordene a las demandadas a pagar a su favor, a título de daño emergente la suma de \$129.669.713 cancelados a diferentes instituciones prestadoras de servicios IPS del país, por concepto de la cobertura y suministro efectivo de los dispositivos o insumos denominados stent coronario medicado y stent cerebral, junto con la suma de \$12.966.971, a título de gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS, monto que equivale al 10% del valor de las mismas; asimismo, condenar al lucro cesante consolidado, por la suma de \$58.387.572 a título de intereses moratorios liquidados entre la fecha de exigibilidad del respectivo concepto de recobro hasta el 29 de junio de 2012, a la tasa máxima de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN, conforme al artículo 4º del Decreto Ley 1281 de 2002, la indexación, costas y agencias en derecho, folios 15 a 17 archivo 01 carpeta 01 del expediente digital.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 17 a 21 cuaderno 01 carpeta 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que autorizó el suministro de los dispositivos o insumos médicos

² Conformado por Fiduciaria Bancolombia S.A. Sociedad Fiduciaria, Fiduprevisor S.A., Fiduciaria Cafetera S.A. Fiducaf, Fiduciaria de Occidente S.A. Fiduoccidente, Fiduciaria Bogotá S.A., Fiduciaria Popular S.A. Fiduciar, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex, Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. Fiduagraria.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38201600541 03

denominados stents coronarios medicados y stents cerebral con diferentes IPS de su red de prestadores, para cumplir órdenes judiciales de tutela o de autorizaciones impartidas por el Comité Técnico Científico – CTC, de los usuarios que se relacionan en documento anexo, o autorizó al prestador definido por el juez constitucional para el efecto. Que una vez suministrado el servicio las IPS autorizadas radicaron ante Sanitas las correspondientes facturas de venta de servicios, acompañadas de los soportes que acreditaban la efectiva prestación, en aras de su cancelación, mismas que procedió a pagar ante las IPS autorizadas, y es por ello que, radicó las solicitudes de recobro por los conceptos en mención ante el Consorcio Fidufosyga 2005, a través del diligenciamiento de los formatos de radicación de solicitudes establecidos por el Ministerio de Salud y Protección Social, es decir MYT 01 y MYT 02, las cuales fueron glosadas y devueltas a la EPS por distintas causales.

Refiere que reelaboró las solicitudes de recobro, previa corrección de los defectos o de las insuficiencias que habían motivado las glosas, y procedió a radicarlas de nuevo, mediante el diligenciamiento del formato MYT 04, establecido para presentar objeciones a la auditoría ya realizada, presentando de esta manera ante el Consorcio Fidufosyga 2005, 14 solicitudes de recobro, junto con los correspondientes soportes, de las cuales ninguna fue aprobada ni ordenado el pago de su importe, por cuanto fueron glosadas a través de la siguiente causal: los valores objeto de recobro ya fueron pagados por el Fosyga o como consecuencia del acta CTC o del fallo de tutela se incluyeron prestaciones contenidas en los planes de beneficios, acotando que el valor glosado asciende a la suma de \$129.669.713. Que con el procedimiento descrito agotó la vía administrativa descrita en la ley.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38201600541 03

CONTESTACIÓN: La demandada **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que los recobros que hoy son objeto de demanda corresponden a prestaciones de salud que hacen parte integrante del POS, cuya prestación debe garantizar la EPS a sus afiliados, en atención a que su valor se encuentra previamente reconocido a través de la Unidad de Pago por Capitación-UPC, en el proceso de giro y compensación que se realiza a través de la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía Fosyga.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia el daño antijurídico-los elementos cuyo pago se pretende se encuentran incluidos en el plan obligatorio de salud POS y por tanto ya fueron pagados a la EPS por vía de la unidad de pago por capitación-UPC y culpa exclusiva de quien alega sufrir el daño. No se propuso excepción de prescripción (fls. 33 a 65 cuaderno 01 carpeta 01 del expediente digital).

A su turno, las sociedades integrantes del **CONSORCIO FIDUFOSYGA 2005**, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que todos los recobros reclamados fueron glosados por encontrarse insertos en el POS; acotando que en todo caso el Consorcio no es el titular de los recursos destinados al Fosyga, ni menos un representante, pues únicamente puede proceder al reconocimiento de los recobros cuando así lo ordene el Ministerio.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados caducidad de la acción de reparación directa, falta de legitimidad en la causa por pasiva, imposibilidad de decretar obligación alguna a cargo de las sociedades integrantes del Consorcio, imposibilidad de causación de intereses de mora y de su pago por las entidades integrantes del Consorcio, el Consorcio al rechazar los recobros cumplió con la normatividad aplicable a su actividad de auditoría, no cabe la aplicación del título de imputación de daño especial, no cabe



38201600541 03

aplicar la figura del enriquecimiento sin causa, imposibilidad de reconocimiento de gastos administrativos, si se considera que las prestaciones son no POS, Sanitas debe asumir la mitad de los recobros (fls. 104 a 149 cuaderno 2 del expediente digital).

Mediante proveído del 14 de agosto de 2019, la **Sala Jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura** resolvió el conflicto negativo de competencias suscitado entre el Juzgado 33 Administrativo de Bogotá-Sección Tercera y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Laboral, asignándole el conocimiento del asunto a la Jurisdicción Ordinaria Laboral (fls. 5 a 19 archivo 07 carpeta 01 del expediente digital).

En audiencia del 22 de enero de 2021, el Juzgado de Conocimiento resolvió que en el presente caso operó una sucesión procesal con la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES**, precisando que el Ministerio de Salud y la Protección Social queda excluido del presente trámite (Archivo de audio 13 del expediente digital).

Mediante auto datado 9 de febrero de 2022 el fallador de primera instancia aceptó el desistimiento de las pretensiones de la demanda en lo que atañe al **Consorcio Fidufosyga 2005** integrado por Fiduciaria Bancolombia S.A. Sociedad Fiduciaria, Fiduprevisora S.A., Fiduciaria Cafetera S.A. Fiducafè, Fiduciaria de Occidente S.A. Fiduoccidente, Fiduciaria Bogotá S.A., Fiduciaria Popular S.A. Fiduciar, Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior S.A. Fiducoldex, Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. Fiduagraria (Archivo de audio 23 del expediente digital).

Por auto del 9 de febrero de 2022, el Juzgado de Conocimiento impartió aprobación al **acuerdo conciliatorio parcial** al cual llegaron las partes



38201600541 03

respectos de dos de los recobros reclamados, por valor de \$16.773.900, que corresponde a los recobros 46520499 y 46517825 (Archivo de audio 24 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública virtual celebrada el 9 de febrero de 2022, resolvió **absolver** a la ADRES en su condición de sucesora procesal del Ministerio de Salud y Protección Social quien tenía a su cargo la administración del Fosyga, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda que no fueron objeto de conciliación y **condenar** en costas a la parte activa (Audio archivo 24 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que es procedente aceptar la glosa formulada por la convocada a juicio, en tanto los ítems de los recobros que sustentan las súplicas indemnizatorios objeto de la presente acción, están inmersos dentro del plan obligatorio de salud vigente para la prestación de los servicios, en los términos del Acuerdo 254 de 2003 y el Acuerdo 08 del 2009, expedido por la Comisión de Regulación en Salud CRES, pues las prótesis en cita se advierten allí enlistadas y se requieren para que el paciente pueda cumplir o atender sus funciones vitales, lo que necesariamente se enmarca dentro de los conceptos generales según los cuales estos elementos están cubiertos con cargo a la UPC, que se reconoce en favor de las EPS. Concluyendo que no existe vulneración o perjuicio alguno causado con la negativa por parte, en su momento, del Ministerio de Salud y de la Protección Social, sobre el reconocimiento de los valores que subsisten en el presente proceso, pues al estar incluidos en la UPC, no era procedente efectuar el pago.

RECURSOS DE APELACIÓN:

La parte **DEMANDANTE** elevó **recurso de apelación contra la anterior determinación**, manifestando en síntesis como motivos de disidencia, que conforme al POS vigente a la época de la prestación de los servicios, no se encontraban incluidos en el mismo los stent coronarios medicados, los stent vasculares periféricos y los stent periféricos no vasculares, pues ello emana de la Resolución 5261 de 1994, el Acuerdo 008 de 2009, el Acuerdo 029 de 2011 y la nota externa 2014332000083073 emitida por el Ministerio de Salud y Protección Social. Aduce que la Resolución 5261 de 1994, no incluyó de manera explícita los stent vasculares, periféricos, periféricos vasculares, coronarios, ni medicados, acotando que solo hasta el Acuerdo 00254 del 31 de diciembre de 2003, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud definió como cobertura explícita dentro del plan de beneficios el stent convencional no recubierto o no medicado únicamente. Señala que posteriormente, se expidió el Acuerdo 008 de 2009, cuyo artículo 6° estableció que se usaría como referencia, la clasificación única de procedimientos en salud CUPS de la Resolución 1896, incluyendo el procedimiento inserción o implante de prótesis intracoronaria stent bajo el código 360600 para la colocación de stent coronario convencional; además precisa que en dicho acuerdo sobre los stent periféricos no vasculares, está cubiertos únicamente el laríngeo, el esofágico de conducto biliar y el de conducto pancreático, como se observa en su anexo 2, por manera que los stent coronarios vasculares que son objeto de demanda no fueron incluidos en la normatividad en referencia. Añade que, luego fue expedido el Acuerdo 029 de 2011, en cuyo artículo 9° reiteró la necesidad de la inclusión explícita en cuanto a la cobertura POS de procedimientos, medicamentos, insumos y tecnologías, al establecer que el referente de inclusión no lo causa la guía de atención, ni los protocolos hospitalarios de manera automática, sino su adopción explícita por parte de la CRES. Refiere que este último acuerdo mantuvo la cobertura del stent coronario convencional, en cuyo anexo se describió como inserción o implante prótesis



38201600541 03

intracoronaria stent código CUPS 360600, con aclaración stent convencional no recubierto.

Añade que «la nota externa 20143320083073, esta nota externa por supuesto proferida por el Ministerio de Salud y Protección Social hace aclaraciones sobre la cobertura o la no cobertura de servicios no POS, como se evidencia en los numerales 10, 11, 12, 27, 28, 36 y 189 donde ratifica que la vigencia de la Resolución 5261 de 1994 y los Acuerdos 008 y 2000 y 029 que los stent coronarios periféricos, los vasculares periféricos, el stent coronario médico y los stent periférico no vasculares, no hacen parte del POS, fíjese que estoy hablando de una nota externa del 2014 sobre servicios que se prestaron hasta 2011 y, por tanto, debieron ser reconocidos en su momento por el Fosyga y hoy pagados por ADRES mediante el mecanismo de recobro, según lo dispuesto y la estructura de las Resoluciones 3099 de 2008 y 3754 del 2018 (...) Ahora al contrastar lo que dice la norma con los expedientes administrativos de recobros, encontramos que las tecnologías que suministró mi representada están relacionadas con tecnologías no incluidas en el plan de beneficios, ahí están las historias clínicas y todos los antecedentes que dan cuenta que las tecnologías que se suministraron, son unas que no están relacionadas o no están incluida explícitamente como lo dice la norma que he citado recurrentemente en el POS».

Aduce que la glosa emitida por la parte activa, en efecto resulta infundada., y por ende, hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses moratorios conforme al artículo 24 del Decreto 4747 de 2007, desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, a la luz de lo previsto en el artículo 7° del Decreto Ley 1281 de 2002. Concluye afirmando que la excepción de prescripción debe ser analizada a la luz de las normas laborales que regulan la materia, acotando que la misma debe contarse desde la data en que se prestó el servicio, que se interrumpe con la presentación de la factura, hasta tanto se defina el trámite administrativo, el cual concluye con la notificación de la glosa o de su ratificación, como así lo definido la Sala Laboral del Tribunal



38201600541 03

Superior de Bogotá en el proceso 12 2014 678, M.P. Lili Yolanda Vega Blanco.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ambos extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.T. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de las solicitudes radicadas ante la pasiva, que se aceptan en la comunicación del 29 de enero de 2013, emitida por el Consorcio SAYP 2011 obrante a folios 516 a 517 archivo 02 carpeta 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* que deben ser interpretadas a la luz de la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de las atribuciones constitucionales y legales, se permite



38201600541 03

establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si hay lugar a condenar a la entidad sucesora procesal ADRES, al pago de las sumas de dinero por concepto de la prestación de servicios de salud que reclama el establecimiento de salud, promotor del juicio.

Pendiendo las resultas de lo anterior, definir si el término de prescripción en lo atinente a facturas y cobro por prestación de servicios de salud, es de 3 años conforme al CPTSS; e igualmente, si es viable imponer condena a título de intereses moratorios.

Partiendo de la base que el Consejo Superior de la Judicatura a través de proveído del 14 de agosto de 2019 estableció que el trámite del presente asunto le competía a esta jurisdicción (fls. 5 a 19 archivo 07 carpeta 01 del expediente digital).

FACTURAS

En consideración a que en autos se pretende obtener el reconocimiento y pago de unas facturas causadas entre los años 2009 a 2010, resulta preciso tener en cuenta lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1127 de 2007 que dispone:

«Art. 21: Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social. (...)»

En tal virtud, el Ministerio de Salud con la Resolución No 003047 de 2008 fijó en su artículo 12 que en el Anexo Técnico No 5 de dicho acto administrativo se precisarían los soportes que debían anexarse a las facturas, para cada caso en concreto: Consultas ambulatorias, Servicios Odontológicos Ambulatorios, Exámenes de laboratorio,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38201600541 03

imágenes y otras ayudas diagnósticas ambulatorias, procedimientos terapéuticos ambulatorios, medicamentos de uso ambulatorio, atención inicial de urgencias, atención de urgencias, servicios de internación o cirugía, ambulancia, honorarios profesionales. Así, a título de ejemplo, como soportes de la internación o cirugía, se requiere:

- «
- a. *Factura o documento equivalente.*
 - b. *Detalle de cargos. En caso que la factura no lo detalle.*
 - c. *Autorización. Si aplica.*
 - d. *Resumen de atención o epicrisis.*
 - e. *Fotocopia de la hoja de administración de medicamentos.*
 - f. *Resultados de los exámenes de apoyo diagnóstico, excepto los contemplados en los artículos 99 y 100 de la Resolución 5261 de 1994 o la norma que la modifique, adiciones o sustituya. Deberán estar comentados en la historia clínica o epicrisis.*
 - g. *Descripción quirúrgica.*
 - h. *Registro de anestesia.*
 - i. *Comprobante de recibido del usuario.*
 - j. *Lista de precios si se trata de insumos no incluidos en el listado anexo al acuerdo de voluntades.*
 - k. *Recibo de pago compartido. No se requiere en caso de que a la entidad responsable del pago solo se le facture el valor a pagar por ella.*
 - l. *Fotocopia del informe patronal de accidente de trabajo (IPAT), o reporte del accidente por el trabajador o por quien lo represente.*
 - m. *Fotocopia de la factura por el cobro al SOAT y/o FOSYGA, en caso de accidente de tránsito».*

De suerte que, una vez presentada la factura con los soportes a que se refiere el anexo técnico 5 de la Resolución 3047 de 2008 dará lugar, bien a que se efectúe el pago de la obligación o, a que la entidad deudora presente dentro de los términos y oportunidades previstos en la ley, las objeciones correspondientes a través de las respectivas glosas

Bajo tales derroteros, procederá esta Sala a analizar los argumentos expuestos en la alzada, frente a los razonamientos que llevaron al togado a negar el pago de las facturas presentadas por la parte actora.

GLOSAS



Tras analizar las facturas objeto de reclamo por parte de la demandante Sanitas EPS se constata que estas fueron expedidas entre los años 2009 y 2010, calenda para la cual se encontraba vigente la Ley 1281 de 2002, lo que en suma indica que es esta la norma llamada a gobernar el presente caso, por lo que resulta oportuno traer a colación lo dispuesto en su artículo 7º, cuyo texto es el siguiente:

«(...) Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado. Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro».

Así mismo, el Decreto 4747 de 2007, también regente para la época, fijó el trámite de las Glosas de la siguiente manera:

«Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el Registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando éste sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas. Los valores por las glosas levantadas deberán ser

**38201600541 03**

cancelados dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, informando de este hecho al prestador de servicios de salud.

Las facturas devueltas podrán ser enviadas nuevamente a la entidad responsable del pago, una vez el prestador de servicios de salud subsane la causal de devolución, respetando el período establecido para la recepción de facturas.

Vencidos los términos y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, en los términos establecidos por la ley».

De lo indicado en las disposiciones atrás citadas, se colige con meridiana claridad que el pago de las facturas se hará cuando no se presente glosas a las mismas, pues ante la presentación dichas glosas, corresponde al prestador de los servicios dar respuesta respecto de ellas, para que a su turno la entidad responsable del pago de los servicios establezca posteriormente si las levanta o en caso contrario, de continuar la controversia, deberá acudir para su resolución ante la Superintendencia Nacional de Salud.

Descendiendo al caso puesto a consideración de la Sala, se constata que las facturas que se discriminan a continuación, mismas que no fueron objeto de conciliación en el presente litigio, fueron glosadas bajo la descripción «Los valores objeto de recobro ya han sido pagados por el Fosyga», como así lo aceptan ambos extremos procesales y lo refiere la parte pasiva en cuadro Excel emitido por el Consorcio SAYP 2011, obrante en la carpeta 02 del expediente digital:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Fecha Radicación MYT 01 y 02	No. Paquete MYT 01 y 02	Fecha resultado auditoría
42807997	8/10/09	1009	22/12/09
44117939	5/05/10	0510	23/07/10
45283587	15/09/10	0910	25/11/10
46517418	20/01/11	0111	24/03/11
46520434	24/01/11	0111	24/03/11
46520562	20/01/11	0111	24/03/11
46537065	21/01/11	0111	24/03/11
46533355	21/01/11	0111	24/03/11
46533501	21/01/11	0111	24/03/11
46533512	21/01/11	0111	24/03/11
46540241	21/01/11	0111	24/03/11
46531207	20/01/11	0111	24/03/11

Siendo importante aclarar, que los objetos recobrados en las facturas referenciadas, corresponden a stent coronario medicado y micro stent neuro vascular, como así se refiere en el recurso de apelación, y se puede advertir, además, en las pruebas documentales visibles en el archivo 02 carpeta 01 del expediente digital.

Así las cosas, a efectos de resolver el punto de controversia ha de referir la Sala que conforme al literal i) artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 *«Por la cual se establece el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos del Plan Obligatorio de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud»*, se encuentran definidas como exclusiones o limitaciones del POS, aquellas actividades, intervenciones y procedimientos no expresamente consideradas en dicho manual.

Así, al revisar el contenido de dicho acto administrativo, se avizora que en sus artículos 80 y 81, se definen las actividades, intervenciones y procedimientos de Cardiología y Hemodinamia, así como las propias de



Neurología, en cuyo listado no se observa el stent coronario medicado y el micro stent neuro vascular, como dispositivos incluidos en Plan Obligatorio de Salud.

Ahora bien, analizado el Acuerdo 008 de 2009, *«Por el cual se aclaran y actualizan integralmente los Planes Obligatorios de Salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado»*, que entró en vigencia a partir del 1° de enero del año 2010, se advierte que en su artículo 10° se previó que se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud todos los elementos, medicamentos y en general, servicios de salud no incluidos expresamente tal acuerdo.

En ese orden, conviene destacar que en numeral 3° artículo 80 de la normatividad *ejusdem*, en los casos de pacientes con diagnóstico de enfermedades cardíacas, de aorta torácica y abdominal, vena cava, vasos pulmonares y renales, de cualquier etiología y en cualquier grupo de edad que requieran atención quirúrgica, incluyendo actividades, procedimientos e intervenciones de Cardiología y Hemodinamia para diagnóstico, control y tratamiento en los casos que se requieran, así como la atención hospitalaria de los casos de infarto agudo de miocardio, se incluye **la prótesis endovascular Stent Coronario Convencional no recubierto**, la cual en el anexo 2 del mentado Acuerdo se identifica con el Código CUPS 360600 y la descripción INSERCIÓN O IMPLANTE DE PROTESIS INTRACORONARIA (STENT) SOD.

Ahora bien, conforme al artículo 9° del Acuerdo 029 de 2011, mediante el cual se sustituyó el Acuerdo 028 de similar año, que tenía por objeto definir, aclarar y actualizar integralmente el Plan Obligatorio de Salud, vigente a partir del 1° de enero de 2012, se entiende como presupuesto de inclusión del POS, la inclusión explícita o expresa realizada por la Comisión de Regulación en Salud, previa evaluación de cada tecnología



en salud que integran las Guías de Práctica Clínica -GPC y los protocolos hospitalarios.

Definiendo este último acuerdo, sobre enfermedades cardiovasculares, que se incluye como tecnología en salud, el Dispositivo médico de uso humano **stent coronario convencional no recubierto**, de conformidad con lo previsto en su artículo 58 parágrafo 1º numeral 2º.

De otro lado, cabe destacar que en la Resolución 5521 de 2013, *«Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)»*, que comenzó a regir desde el 1º de enero de 2014, se estableció en su artículo 63 la cobertura del stent coronario, definiendo que el POS cubre tanto el **stent coronario convencional o no recubierto** para todos los casos, conforme a recomendación del médico tratante, como el **stent coronario recubierto o medicado** para los casos de pacientes con vasos pequeños y lesiones largas.

Conforme al recuento normativo efectuado en precedencia, concluye la Sala que, la negativa del *a quo* en el reconocimiento de los recobros discutidos no encuentra asidero alguno, como quiera que el Plan Obligatorio de Salud con anterioridad a la Resolución 5521 de 2013, no incluyó en su cobertura los elementos que son objeto de recobro, esto es, el stent coronario medicado y el micro stent neuro vascular, como así emanada de la citada Resolución 5261 de 1994 y los referenciados Acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, pues diáfano resulta concluir que es a partir de la Resolución 5521 de 2013, a través de su artículo 63, que el primero de ellos (stent coronario medicado) fue integrado como parte de la cobertura del POS, sin que además, exista constancia en ninguna de dichas normas del micro stent neuro vascular.

**38201600541 03**

Puestas así las cosas, se constata que las glosas efectuadas por el extremo llamado a la acción no encuentran respaldo normativo alguno, y por ello, pueden ser objeto de recobro, máxime que en el presente asunto no existe discusión sobre la radicación completa de los documentos que debieron acompañar las respectivas facturas, pues así lo estableció el *a quo*, lo cual adicionalmente, se constata en el archivo 02 de la carpeta 01 del expediente digital, de cuyo contenido no solo se constata la prestación del servicio, sino también la factura glosada y la constancia de pago por parte de Sanitas EPS, entre otros documentos que, se *itera*, no merecen mayor análisis, al no existir discusión sobre este aspecto; por manera que se procederá a revocar la decisión de primera instancia para en su lugar acceder a los siguientes valores por los recobros que se discrimina a continuación:

No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Fecha Radicación MYT 01 y 02	No. Paquete MYT 01 y 02	Fecha Resultado auditoría	Valor de recobro	Folio factura
42807997	8/10/09	1009	22/12/09	\$ 9.702.000	97 archivo 02 carpeta 01
44117939	5/05/10	0510	23/07/10	\$ 25.200.000	142 archivo 02 carpeta 01
45283587	15/09/10	0910	25/11/10	\$ 7.341.563	170 a 171 archivo 02 carpeta 01
46517418	20/01/11	0111	24/03/11	\$ 7.087.000	187 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46520434	24/01/11	0111	24/03/11	\$ 4.784.000	237 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46520562	20/01/11	0111	24/03/11	\$ 5.282.550	341 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46537065	21/01/11	0111	24/03/11	\$ 4.441.900	380 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46533355	21/01/11	0111	24/03/11	\$ 9.480.000	389 a 390 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46533501	21/01/11	0111	24/03/11	\$ 17.994.900	408 a 409 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46533512	21/01/11	0111	24/03/11	\$ 10.648.000	445 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46540241	21/01/11	0111	24/03/11	\$ 4.737.900	483 archivo 02 carpeta 01 (se cobra menor valor pagado)
46531207	20/01/11	0111	24/03/11	\$ 6.196.000	489 archivo 02 carpeta 01
			TOTAL	\$	102.247.813

Por tanto, se impondrá condena por valor de **\$102.247.813**, como valor solicitado en los anexos allegados por la parte activa, respecto de los recobros no conciliados, pues, aunque en algunas facturas, se verificaron valores superiores, no es procedente reconocer los mismos, toda vez que esta Colegiatura no cuenta con facultades *ultra y extra petita*.

Lo anterior, no sin antes advertir, que aun cuando se planteó la discusión en el recurso de apelación, no es procedente analizar el fenómeno de la prescripción, como quiera que en la contestación allegada por el Ministerio de Salud y Protección Social sucedida por la



ADRES; no se formuló tal medio exceptivo, como se puede constatar en el archivo 01 carpeta 01 del expediente digital.

Ahora bien, en cuanto a los gastos de administración reclamados en el *libelo genitor*, baste decir que sobre ello no se hace reclamo alguno en el recurso de alzada, y en todo caso, no encuentra la Sala sustento normativo para entrar a su análisis, por manera que sobre este aspecto no se impartirá condena alguna.

INTERESES MORATORIOS

El Decreto 4747 de 2007, en su artículo 24 dispuso: «RECONOCIMIENTO DE INTERESES. En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto-ley 1281 de 2002. (...)».

Esta última norma, sobre el punto establece que «(...)Las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades promotoras de salud, las administradoras del régimen subsidiado, las entidades territoriales y el Fosyga, se deberán presentar a más tardar dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de la prestación de los servicios o de la ocurrencia del hecho generador de las mismas. Vencido este término no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.(...)».

Igualmente, el Decreto Legislativo 133 de 2010, Art. 1, parágrafo 1, dispuso que «las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante las entidades responsables del pago de los servicios de salud deberán presentarse a más tardar dentro de los doce (12) meses siguientes a la terminación de la prestación del servicio. Vencido este término no habrá lugar a presentar la reclamación ni al reconocimiento de intereses ni otras sanciones pecuniarias, sin perjuicio de las acciones ordinarias».



Como puede verse, los intereses moratorios en esta clase de procesos se generarían en el supuesto en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva o la presentación de las cuentas de cobro, facturas o reclamaciones ante los responsables del pago de los servicios de salud no cumplan con los términos que establece la Ley, criterio que fue también expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1227-2021, en la que se avaló el reconocimiento de los condignos intereses de mora.

Por tanto, pese a su procedencia en el ámbito del proceso judicial, en la presente litis no hay lugar a condenar a la ADRES por dicho concepto, dado que las glosas que inicialmente propuso la parte pasiva no fueron del todo infundadas, pues solo a través de la discusión y el análisis exhaustivo efectuado en el proceso judicial se pudo constatar que los conceptos cuyo valor fue reclamado no se encontraban dentro del POS, en tal orden, considera la Sala que no hay lugar a ordenar el reconocimiento de los intereses moratorios pedidos por la activa.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, por cuanto el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda; de suerte que deberá la ADRES cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de recobros debidamente indexadas, actualización que en línea de principio opera a partir de la prestación del servicio, data en la que se hizo exigible la obligación y se empieza a producir la devaluación o pérdida del poder adquisitivo del dinero producto del recobro, según la tabla anexa para cada recobro que se refiere a continuación y, hasta cuando se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Cuadro para indexación		
No. Radicado Fosyga (MYT 01/02)	Fecha Prestación Servicio	Valor Recobro a indexar
42807997	19/06/09	\$9.702.000
44117939	20/08/09	\$25.200.000
45283587	17/06/10	\$7.341.563
46517418	20/10/10	\$7.087.000
46520434	9/10/10	\$4.784.000
46520562	15/10/10	\$5.282.550
46537065	5/10/10	\$4.441.900
46533355	10/11/10	\$9.480.000
46533501	1/09/10	\$17.994.900
46533512	13/10/10	\$10.648.009
46540241	18/11/10	\$4.737.900
46531207	10/06/10	\$6.196.000

Bajo ese horizonte, procederá la Sala a la revocatoria de la sentencia de primer grado, para en su lugar acceder a las pretensiones reclamadas en los términos aquí expuestos.

COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para en su lugar imponerla a cargo de la parte demandada. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en



38201600541 03

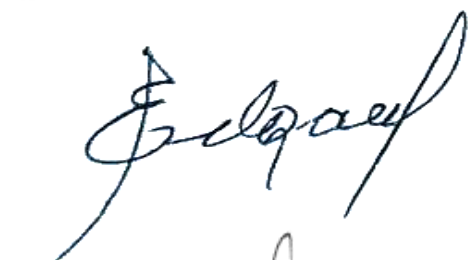
audiencia pública celebrada el 9 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES**, al pago a favor de la parte actora SANITAS S.A. EPS, en la suma de **\$102.247.813**, por concepto de los recobros que se consideran viables o procedentes su pago, mismos que deberán indexarse desde la fecha de prestación de cada servicio, referenciada en el cuadro de indexación contenido en la parte considerativa y, hasta la fecha del pago de cada obligación, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para en su lugar imponerla a cargo de la parte demandada ADRES. 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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JIMMY ROCK DORADO LONGAS** CONTRA **ETB EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 **JIMMY ROCK DORADO LONGAS**, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral

¹ «**ARTÍCULO 13. 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».



pretendiendo se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, el cual terminó por causal imputable a esta. Como consecuencia, se condene al reembolso del 4% descontado de manera mensual sobre su salario, con destino al fondo de prestaciones sociales de que trata la cláusula 14 de la Convención Colectiva de Trabajo, junto con el valor de sus servicios prestados durante 40 sábados y de la disponibilidad completa en los 40 turnos de emergencia, equivalentes a 123 horas cada uno, durante la vigencia de la relación laboral. Asimismo, condenar a la encartada a corregir las sanciones que por mora presenta la cotización efectuada ante Colpensiones, la indemnización moratoria, costas y agencias en derecho (fl. 05 archivo 01 y 313 subsanación demanda, expediente digital).

Fundamenta su *petitum* en los supuestos de facto relatados a folios 1 a 5 archivo 01 y 309 a 313 subsanación demanda, expediente digital, que en síntesis advierten que, el 12 de noviembre de 1993, celebró contrato de trabajo a término indefinido con la ETB S.A. E.S.P. para desempeñar el cargo de Profesional II, en virtud del cual ejecutaba labores de Interventor, construcción de obras civiles, mantenimiento preventivo y correctivo de redes telefónicas, y demás funciones que le asignara su empleadora en la ciudad de Bogotá. Indica que cumplió un horario de trabajo de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 8:00 p.m., percibiendo como ultimo salario promedio la suma de \$5.723.708; además, que laboró a favor de la llamada a juicio un total de 40 sábados, sin embargo, esas labores que equivalen a \$9.539.513, nunca le fueron pagadas. Aduce que su empleadora tenía establecidos unos turnos de emergencia con disponibilidad completa que comenzaban el día martes a las 4:00 p.m. y terminaban el martes siguiente a las 7:00 a.m., con una disponibilidad total de 123 horas continuas, debiendo atender un total de 40 turnos de emergencia, respecto de los cuales la empresa demandada le adeuda 3.720 horas equivalentes a \$96.348.583. Que sus aportes al Sistema General de Pensiones se realizaban al ISS hoy



Colpensiones, acotando que la empleadora incurrió en mora, la cual le generó un descuento de 14.01 semanas por parte de la administradora de pensiones; situación que no ha sido solucionada por el dador del laborio pese a que ello le fue solicitado. Indica que la ETB cuenta con un fondo para atender prestaciones sociales, constituido con aportes de la empresa y los trabajadores, por ello, la demandada le descontaba por concepto de aporte un 4% sobre el salario mensual devengado, identificado con el código 2201, conforme a lo estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo capítulo 4, el cual pese a que se efectuó durante toda la relación laboral, no le fue reembolsado a la terminación del vínculo, ni se usó para completar el pago de sus aportes, o para pagar su salud, la de sus hijos y la de su compañera permanente. Que el contrato de trabajo fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada el 26 de noviembre de 2015, a pesar que uno de sus hijos presenta un diagnóstico de salud que lo hace depender totalmente de él. Concluye afirmando que elevó la respectiva reclamación ante la demandada, quien se negó a reconocerle lo allí reclamado.

CONTESTACIÓN: La demandada **ETB S.A. E.S.P.**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo para el efecto que el aporte realizado por el trabajador no tiene ninguna relación con la forma en que terminó el contrato de trabajo, sino que estaba destinado al sostenimiento del Fondo de Prestaciones Sociales existente en la compañía, cuyo propósito es contribuir al pago de servicio médico; servicio odontológico; recompensas de retiro; recompensas de servicios; jubilaciones; auxilio para gastos de entierro, y otras que puedan establecerse, conforme el artículo 53 del Reglamento de Trabajo de la compañía, prestaciones de las cuales se vio beneficiado el trabajador y su núcleo familiar. Añade que no se encuentra probado que el trabajador haya devengado horas extra o turnos de emergencias que no hayan sido canceladas por la empresa. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los

denominados cobro de lo no debido, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, prescripción y la genérica (Archivo contestación demanda carpera 10 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 28 de abril de 2022, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante; **ordenar** a la convocada ETB S.A. E.S.P. que adelante las gestiones administrativas pertinentes ante Colpensiones para regularizar las inconsistencias advertidas por esta entidad en comunicación del 17 de octubre de 2019, para lo cual tendrá un término de 30 días constados desde la ejecutoria de la sentencia; **sin costas** (Archivo audio 18 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que el descuento del 4% tiene como destino el Fondo de Prestaciones creado desde 1945 e incorporado en el Reglamento Interno de Trabajo e Higiene de la convocada, el cual se sustenta en la Recopilación de Convenciones Colectivas a 1994 y en lo dispuesto en la Ley 4ª de 1976 en su artículo 7º, de manera que no puede concluirse que el mentado descuento carezca de sustento jurídico, en tanto se pactó con los trabajadores de la empresa la realización del mismo para financiar las prestaciones allí previstas, acotando que su cuestionamiento no genera un reembolso a favor de estos, al no preverlo las normas convencionales ni reglamentarias, sino que eventualmente lo que podría pretenderse es una relación de la inversión de esos recursos. Refiere que, de acuerdo a comunicación emitida por Colpensiones, en efecto la parte empleadora efectuó unos pagos incompletos que dieron lugar a la generación de intereses moratorios y que afectaron la contabilización de semanas de cotización, por lo que en virtud de las facultades ultra y extra petita, la encartada deberá solventar tal situación ante la



administradora de pensiones. Concluye indicando que el actor no fue claro en discriminar qué sábados trabajó, ni tampoco demostró esa prestación de servicios, a más que sobre los turnos de emergencia, de la prueba testimonial emana unos pagos por tales conceptos, no pudiendo el Despacho deducir qué valores se le adeudan al actor, dado que los declarantes no fueron claros en referir qué valores se le pagaron por este último aspecto.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **JIMMY ROCK DORADO LONGAS** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo como motivos de disidencia, que *«(...)consideramos que efectivamente ese 4% debe retribuirse a Jimmy de alguna manera porque es que cuando a Jimmy se le despide, él tiene que hacer un esfuerzo para poder pensionarse pero ya como independiente, entonces cuando se le hace el despido sin justa causa, pues se le cercena totalmente ese derecho, ese 4%, que ni se le completa para pensionarlo, ni tampoco se le tiene ningún beneficio de salud, odontología y demás que se prevén ahí. En relación con los sábados, sí, efectivamente lo que nosotros hemos insistido exactas fechas, precisas fechas, pero hasta en lo que nos da a entender el señor Jimmy es que hasta el final estuvo haciendo sus trabajos y que le quedaron debiendo sus 40 sábados, entonces si él al terminar el trabajo es despedido y hace la reclamación en tres años sobre esas pretensiones que tiene, pues entendemos que no habido ninguna prescripción, que si está siendo reclamado a tiempo y está acreditando, la empresa es la que maneja la contabilidad, si yo no tengo la prueba, yo creo que la prueba está en manos de la empresa, específicamente puede indicar, esos sábados si se pagaron o no se pagaron y a partir de qué fecha y si se le están debiendo (...) y lo mismo con el tema de la disponibilidad de tiempo porque él no cobra el turno de emergencia completo, la disponibilidad de las 24 horas que él dio, entonces de esos turnos, en cada turno dijo que 93 horas y es las cuentas que él tenía, por eso es que él se refiere, el señor del sindicato, el presidente del sindicato que a él se le veía estresado fumando y enfermo porque es que esas jornadas son complejas y si él tiene mucha presión para atender esas obligaciones de la empresa, entonces nosotros tenemos que todavía hay la*

esperanza de que al revisar bien ese punto por el superior de lo que tiene que ver con esos turnos que presto y que eran 24/7, las 24 horas los 7 días que hay ese tiempo de disponibilidad que está sobre 93 de cada turno, que sobre eso es que se está reclamando el pago y básicamente está es nuestra situación».

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ambas partes presentaron alegaciones de instancia.

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

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

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas en la alzada, 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 la demandada ETB S.A. E.S.P. debe reembolsar a favor del actor el porcentaje del 4% descontando mensualmente sobre su remuneración por concepto de fondo de prestaciones.

Definida la anterior premisa, determinar si es procedente reconocer a favor del convocante el valor de las horas extras laboradas durante 40 sábados y la disponibilidad completa de 40 turnos de emergencia de 123 horas cada uno.

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, copia del contrato de trabajo (fl. 41 archivo 01), Reglamento de Trabajo e Higiene de la demandada (fls. 42 a 60 archivo 01), Convención Colectiva de Trabajo Recopilación a 1994 (fls. 60 a 105 archivo 01), desprendibles de nómina (fls. 106 a 113 archivo 01), memorando autorización encargo e informes de tiempos (fls. 114 a 118 archivo 01), guía turno de emergencia (fls. 132 a 134 archivo 01), certificaciones emitidas por Sintrateléfonos (fl. 135 archivo 01), derechos de petición elevados por el demandante y sus respuestas (fls. 136 a 142 archivo, 251 a 270. 284 a 288, 297 a 302 y 309 a 315 archivo 01), carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 144 archivo 01), historia clínica del demandante (fls. 146 a 238 archivo 01), Resoluciones 11314 del 2 de octubre de 1997 y 11338 del 15 de octubre de simil año proferidas por la ETB (fls. 239 a 244 archivo 01), plan de retiro voluntario (fls. 245 a 250 archivo 01), certificaciones laborales (fls. 272 a 277 archivo 01), liquidación definitiva contrato de trabajo (fl. 279 archivo 01), historia laboral emanada de Colpensiones (fls. 289 a 295 archivo 01), comunicación emitida por Colpensiones (fl. 296 archivo 01), Resolución SUB 38125 del 11 de febrero de 2020 (fls. 303 a 307 archivo 01), Reporte Integrado 2018 ETB (fls. 316 a 322 archivo 01), expediente laboral del demandante, Reglamento de Trabajo e Higiene y Recopilación Convenciones Colectivas a 1994 (carpeta 10 del expediente digital), interrogatorio de parte rendido por el demandante y testimonios rendidos por los señores Óscar William Peña Hernández, Ernel Rueda, Leonardo Arguello San Juan e Indalecio Robayo Monroy; probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige,

que JIMMY ROCK DORADO LONGAS laboró al servicio de la ETB S.A. E.S.P. desde el 12 de noviembre de 1993 bajo la modalidad contractual laboral de término indefinido, para ejecutar como último cargo el de Profesional III de la Dirección Alistamiento de Redes Convergentes, devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma final de \$5.723.708 (fls. 132 archivo 01), mismo que feneció el 26 de noviembre de 2015, por decisión unilateral y sin justa causa por parte de la demandada (fl. 144 archivo 01); supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada².

REEMBOLSO DESCUENTO 4% SOBRE EL SALARIO

Insiste el demandante en pretender el reembolso del descuento que de manera mensual se le efectuó sobre su salario, en un 4% bajo la denominación aporte fondo prestaciones código 2201, como se observa en las nóminas militantes a folios 108 a 109 archivo 01 del expediente digital.

Sobre el Fondo de Prestaciones Sociales de la ETB, este fue previsto en el artículo 53 del Reglamento de Trabajo e Higiene, con el fin de crear una reserva destinada exclusivamente a atender las prestaciones sociales de servicio médico, servicio odontológico, recompensas de retiro, recompensas de servicios, jubilaciones, auxilios para gastos de entierro y otros que llegaren a establecerse, mismo que se conformaría con el aporte de la demandada en un 6%, así como de los aportes de los trabajadores entre el 3% y el 1% de sus sueldos, dependiendo de sus ingresos (fl. 21 archivo “*REGLAMENTO DE TRABAJO.pdf*” carpeta 10 del expediente digital)

² Artículo 66A del CST.

Ahora bien, en la Recopilación de la Convención Colectiva de Trabajo, allegada por ambas partes y sobre la que no existe discusión, se agrupa la totalidad de las cláusulas vigentes de las Convenciones Colectivas suscritas entre la demandada y el sindicato de trabajadores de la ETB hasta 1995, y en ella, se previó en el artículo 14 el aporte del Fondo de Prestaciones Sociales, asignándosele a la empresa el 8% de sus productos brutos con destino al mismo, e igualmente, a los trabajadores el 4% de su salario.

Por manera que, el descuento respecto del cual la parte activa pretende su reembolso, encuentra sustento no solo en el Reglamento de Trabajo de la demandada, sino también en el acuerdo de voluntades celebrado entre la organización sindical y el empleador, que en virtud del artículo 467 del CST está llamado a regular las condiciones que han de regir los contratos individuales de trabajo durante su vigencia, y que en principio, tienen la vocación de ser aplicadas a situaciones existentes durante la existencia de la relación laboral.

En ese orden, no encuentra la Sala razón para acceder a la devolución del descuento realizado al demandante sobre su remuneración mensual por concepto de aporte al fondo de prestaciones, dado que el mismo se evidencia soportado en las normas convencionales celebradas por la ETB y la organización sindical Sintrateléfonos, en virtud de la autonomía de la contratación y la negociación colectiva, mismas que le son claramente aplicables al demandante, en tanto que de acuerdo a la certificación expedida por dicho sindicato el 12 de enero de 2016, el señor Dorado Longas estuvo afiliado al mismo del 29 de abril de 2008 al 25 de noviembre de 2015 (fl. 135 archivo 01 del expediente digital).

A lo anterior, debe sumarse que el demandante no acredita en el presente caso, que exista a su favor el derecho a la devolución del descuento reclamado, en razón a que no se le haya prestado algún

servicio o pagado alguna remuneración a la terminación del vínculo laboral, como así lo insinúa en su demanda y en su alzada, pues nótese que en el Reglamento de Trabajo e Higiene y la recopilación de la Convención Colectiva, no se encuentra prevista la obligación de la demandada de devolver dichos recursos; antes bien, del contenido del artículo 53 del Reglamento de Trabajo y de la cláusula 14 de la mentada recopilación, emana que el descuento se efectúa a los trabajadores para la prestación de unos servicios médicos, clínicos y de drogas a favor de estos y los pensionados, sin sujeción a condición alguna o a devolución.

En ese orden, ha de concluir la Sala sobre este punto, que no se cumplió con la carga de la prueba por parte del demandante, prevista en el artículo 167 del CGP, pues este no acreditó que es merecedor del reembolso del descuento del 4% efectuado sobre su salario para el Fondo de Prestaciones de la ETB.

HORAS EXTRAS Y TURNOS DE DISPONIBILIDAD

Reclama la parte actora el reconocimiento y pago de la prestación de sus servicios durante 40 sábados, así como la totalidad de horas en las que estuvo disponible, cuando fue asignado a los turnos de emergencia de la empresa convocada.

A efectos de resolver este aspecto, justo resulta recordar que la misma parte demandante en el recurso de alzada acepta la ausencia de medios de convicción que permitan la cuantificación de una condena, pues ella misma indica que es el dador del laborío el llamado en demostrar el número de horas extras y de disponibilidad que en efecto le pagó, a qué días pertenecen y cuáles se le adeudan.

A lo anterior se suma que, revisadas las pruebas obrantes en el paginario no se advierte prueba alguna que dé cuenta sobre las prestación de los servicios del demandante durante días sábados

precisos y mucho menos que ello hubiere ocurrido más allá de la jornada ordinaria.

En cuanto a las declaraciones de los testigos, se advierte que el señor Luis Erlen Rueda, indicó en calidad de subordinado del actor que el horario de trabajo era de lunes a viernes y en algunas ocasiones se trabajaba extra los sábados y los domingos; lo cual fue ratificado por los testigos Leonardo San Juan, Indalecio Robayo Monroy y Óscar William Peña Hernández (archivo de audio 18 del expediente digital), sin embargo, no fueron claros en precisar un lapso de laborío concreto en el cual el actor haya prestado sus servicios, es decir, en específico cuáles sábados laboró durante la vigencia de la relación laboral y durante cuántas horas al día, a más que todos ellos, sí fueron claros en acotar que la demandada cancela las horas extras laboradas por sus trabajadores, lo cual dificulta aún más el reconocimiento de las aquí reclamadas, al no existir claridad sobre las que la empresa sí reconoció a favor del actor durante los sábados en los que eventualmente pudo prestar sus servicios.

Motivo por el cual, esta Sala de Decisión comparte la absolución impartida por el *A quo*, pues es deber de quien reclama un derecho proceder a su demostración bajo las precisiones del artículo 167 del Código General del Proceso, lo cual ha sido *in extenso* enseñado por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, al ser enfática en indicar que, para que haya lugar al pago de trabajo suplementario o recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivo, el mismo debe estar plenamente probado, en tanto no le es dable al Juez realizar elucubraciones o suposiciones con miras a establecerlo, así en sentencia SL7578 de 2015, dispuso:

*«Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria **han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia**, es decir,*

que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas» (subrayado fuera de texto)

En igual sentido en la sentencia del 23 de noviembre de 1972, indicó:

*«Para determinar el trabajo suplementario, la prueba en que se apoye debe **ser de tal contundencia, claridad y precisión**, que de ella fluya sin mayores esfuerzos, la cuantificación de la realización de labores en tales circunstancias y su valoración económica; quedando vedado al operador judicial, realizar “cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas...” (sent H. Corte Suprema de Justicia de marzo 2/94).*

(...)» (subrayado fuera de texto)

Trazados estos lineamientos, se evidencia que el actor pese a formular la petición en el acápite de hechos, no cuantificó si quiera sumariamente el número de horas extras laboradas, determinando taxativamente los días calendario y horas en que prestó su servicio. Por lo que para esta Sala no procede la condena requerida, pues al tenor del artículo 283 del CGP se ordena al Juez la emisión de una condena en concreto, aunado a la imposibilidad de acudir a cábelas o suposiciones no soportadas en pruebas.

Ahora bien, en punto a los turnos de emergencia, encuentra la Sala que a los mismos se refiere la documental visible a folios 119 a 130 del archivo 01 del expediente digital, denominada Guía Turno de Emergencia, en la cual se estableció que estos tienen como finalidad la atención oportuna de diferentes incidentes presentados sobre la infraestructura en horario no hábil, fijándose para ello una disponibilidad operativa en cada turno de 7 días, de lunes a viernes de 4 pm a 7 am, sábados, domingos y festivos las 24 horas.

Lo anterior, fue ratificado por los testigos Óscar William Peña Hernández, Luis Erlen Rueda, Leonardo San Juan, Indalecio Robayo Monroy, pues mencionaron la existencia de los turnos de emergencia, los cuales eran rotativos, para atender situaciones de urgencia después de la jornada ordinaria de trabajo, esto es, de 4:00 p.m. a 7:00 a.m., los cuales

implicaban disponibilidad del trabajador, precisando que en todo caso la demandada sí pagaba las horas extras que en efecto se laboraron en dichos turnos.

A lo anterior, ha de sumarse que los testigos en mención fueron claros en advertir que el actor fue designado para laborar en tales turnos; no obstante, en las diligencias no existe demostración de que lo fuera por la totalidad de 40 turnos que se indica en el *libelo demandatorio*, pues nótese que la encartada solo allegó prueba de designación del señor Dorado Longas en 4 turnos de emergencia a saber: el 26 de septiembre de 2010, el 28 de julio de 2011, el 29 de mayo de 2012 y el 20 de enero de 2015 (fls. 4 a 48 y 54 archivo 19337416.pdf carpeta 10 del expediente digital).

Así las cosas, ha de indicar el Colegiado que pese ser evidente de las pruebas reseñadas con anterioridad, que el actor fue asignado a 4 turnos de emergencia, en los cuales existió disponibilidad para la prestación del servicio, no es posible impartir condena alguna por tal concepto, como quiera que los testigos sí fueron claros en indicar que la empresa convocada, respecto de los mismos reconocía las horas extras efectivamente trabajadas, las cuales al no encontrarse probadas en relación con el actor, impiden establecer una condena en concreto sobre las horas que a su juicio se le adeudan por concepto de disponibilidad.

Por manera que, la Sala apoya la decisión que con acierto tomó el *a quo*, en tanto concluyó que no era procedente acceder a lo pretendido en relación con los turnos de emergencia, ante la falta de demostración del demandante de las horas que a su juicio se le adeudan.

De acuerdo a lo dicho, la Sala no encuentra camino distinto que proceder a la confirmación del fallo opugnado.

COSTAS

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia costas a cargo del demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 28 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JIMMY ROCK DORADO LONGAS** contra **ETB EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, de conformidad 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 del demandante.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202000130 01 15

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en \$300.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



38202100048 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **LUIS EDUARDO SÁNCHEZ MONTENEGRO** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 13. 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».



38202100048 01²

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **LUIS EDUARDO SÁNCHEZ MONTENEGRO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A., efectuada mediante formulario de fecha 13 de septiembre de 2022. Como consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, con destino a Colpensiones; se ordene a Colpensiones a recibirlo como afiliado en el RPM, sin solución de continuidad; se condene a las demandadas lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 2 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 18 de marzo de 1959; realizó cotizaciones al ISS desde el 3 de diciembre de 1987 hasta el 30 de septiembre de 2002; fue trasladado al RAIS mediante formulario de afiliación diligenciado el 13 de septiembre de 2002 con Porvenir S.A. Sostiene que la AFP no le proporcionó una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, oportuna y veraz, que le permitiera comprender los requisitos del RAIS y compararlos con el RPM. Añade que no fue informado sobre la prohibición de trasladarse de régimen antes de que cumpliera 52 años de edad, así como tampoco se le advirtió la posibilidad de pensionarse a través del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.



38202100048 01³

Indica que, solicitó el cambio de régimen a Colpensiones y a Porvenir S.A., peticiones que fueron negadas por ambas entidades.

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 y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada. Afirma que, el traslado de los aportes se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de solicitud de afiliación a Porvenir S.A., además, cumpliendo con los requisitos establecidos por la sentencia C-1024 de 2004, y en 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. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Carpeta 06 del expediente digital).

Mediante auto del 14 de enero de 2022, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Archivo 10 del expediente digital).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 03 de junio de 2022, resolvió **absolver** a las demandadas todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda y **condenar** en costas a cargo del demandante (Archivo de audio 19 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, debe acreditarse la configuración de uno de los vicios del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo, los cuales no se encuentran demostrados en el presente caso. Agrega que, pese a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, no estamos en presencia de una ineficacia del pleno derecho, es decir, que opere con la simple falta de acreditación del suministro de información suficiente al momento de la afiliación, pues conforme lo ha reseñado recientemente la alta Corporación, en los casos de pensionados del RAIS, es claro que cada caso se debe analizar de manera individual, de acuerdo con los argumentos fácticos y probatorios diversos, los cuales impiden aplicar de manera automática criterios jurisprudenciales. Sumando a ello que, el actor tuvo información proveniente de la AFP que al parecer fue suministrada por 30 minutos, lo cual encuentra respaldo en el formulario suscrito por el actor, en el que se reseña que se le brindó la misma. Indica que es responsabilidad de los afiliados al Sistema General de Pensiones hacerle un seguimiento a su situación pensional,



mismo que nunca realizó el demandante, como lo afirmó en su interrogatorio, por manera que, a lo sumo, podría hablarse de un error de derecho por desconocimiento, que no vicia el consentimiento.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **LUIS EDUARDO SANCHEZ MONTENEGRO**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, en el presente caso se reprocha a la AFP Porvenir el incumplimiento del deber brindarle la información profesional, clara, completa, suficiente y comprensible que le permitiera tomar una decisión informada del traslado de régimen pensional, de suerte que el estudio del caso debe abordarse desde su ineficacia y no desde su nulidad, contrario a lo efectuado por el *a quo*, pues desde la Ley 100 de 1993, tal obligación ya se encontraba radicada en las administradoras de fondos de pensiones. Afirma que, de vieja data, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido fijando una línea jurisprudencial clara y precisa, en la cual inicialmente el desconocimiento de ese deber se abordó desde la figura de la nulidad, no obstante, en la sentencia SL1421 de 2019 estableció que la consecuencia de traslado de régimen desinformado es la ineficacia, postura que se mantiene incólume hasta la actualidad y ha sido ratificada en numerosas sentencias, tales como, las sentencias SL 1452 de 2019, SL 4360 de 2019, SL1688 de 2019, SL373 de 2020, SL373 de 2021, SL1217 de 2021 y SL 782 de 2021,



constituyendo doctrina probable, conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1986.

Aduce que el juez de primera instancia se equivocó al estudiar este caso bajo la óptica de las nulidades, cuando debió hacerlo bajo la óptica de la ineficacia por insuficiencia de la información, debiendo atribuir la carga de la prueba a Porvenir, quien no probó haberle suministrado la información suficiente, clara y comprensible, no existiendo una confesión en el interrogatorio de parte practicado, pues en él manifestó que la información proporcionada por el asesor de Porvenir se refirió únicamente a que el Seguro Social “*se iba a acabar*”. Acota que la leyenda preimpresa en el formulario de afiliación, no prueba de ninguna manera el cumplimiento del deber de información, como así lo ha señalado de manera muy insistente la Honorable Corte Suprema de Justicia.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las entidades demandadas allegaron sus alegaciones finales.

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 con la documental visible a folios 47 a 48 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 el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte activa, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por LUIS EDUARDO SÁNCHEZ MONTENEGRO 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 identificación del accionante (fl. 35 archivo 01), certificado de afiliación a Colpensiones (fl. 36 archivo 01), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 37 a 43 archivo 01), liquidación de pensión (fls. 44 a 46 archivo 01), derecho de



petición elevado a Colpensiones y su respectiva respuesta (fl. 47 a 51 archivo 01), derecho de petición elevado a Porvenir S.A. y su respectiva respuesta (fls. 52 a 59 archivo 01), formulario de afiliación a Porvenir S.A. (fl. 60 archivo 01), historia laboral consolidada emitida por Porvenir S.A. (fls. 61 a 68 archivo 01), expediente administrativo emanado de Colpensiones (carpeta 06 del expediente digital) e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio parte 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 uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01¹⁰

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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01¹⁴

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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01¹⁵

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01 16

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01¹⁷

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01¹⁸

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 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

38202100048 01²⁰

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 vinculó al otrora ISS desde el 03 de diciembre de 1987 hasta el 30 de septiembre de 2002, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones que obra en el expediente administrativo (carpeta 06 del expediente digital), para luego trasladarse a Porvenir S.A., el 13 de septiembre de 2002 (fl. 60 archivo 01 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 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. 60 archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el demandante, este Juez Colegiado, disímil a lo entendido por el *A quo*, no encuentra en sus declaraciones parámetros que permitan concluir un conocimiento, si quiera somero, del régimen de ahorro individual para el momento del traslado inicial, adelantado por Porvenir S.A.

Denótese como fue claro el demandante en manifestar que se trasladó cuando laboraba para la empresa Coltanques, donde llegaron varias asesoras de Porvenir, para lo cual únicamente se les dijo que el ISS desaparecería, puesto que el asesor de la AFP no desplegó ninguna actividad de información. Agregó que lo único conocido por él sobre el ISS, es que se “*acabaría*”, y que decidió firmar el formulario para asegurar una pensión. Concluyó que en una época le llegaron extractos de la AFP Porvenir, en los cuales observó los aportes realizados. (Archivo 19 del expediente digital).

Alusiones que lejos de presentar un panorama de las características, ventajas y desventajas del RAIS, denotan una incipiente información en relación con el régimen, puesto que a la fecha del traslado primigenio, al demandante no se le refirió nada adicional a que el ISS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01 ²⁶

entraría en un proceso de liquidación, de manera que contrario a lo manifestado por el fallador de primera instancia, aquel no confesó que se le haya brindado la información suficiente para tomar una decisión de traslado debidamente informada.

Tampoco es dable concluir que el demandante tenía conocimiento del RPM, porque lo único que refirió en su declaración, es que conocía por información pública, que el ISS sería liquidado, lo cual por demás, según su dicho, constituyó una clara motivación para efectuar el traslado del régimen pensional.

Puestas así las cosas, 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.



Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad del demandante, debido a la falta de información respecto de éste, sin que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS surta algún efecto, teniendo entonces como única vinculación válida y que produce efectos jurídicos, la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

En igual sentido se emitirá orden de devolución de los descuentos realizados por los gastos de administración, el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, atendiendo lo que al respecto ha definido la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo:

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

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



entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

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

DE LA PRESCRIPCIÓN

La entidad Colpensiones convocada a la acción ordinaria laboral elevó como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01²⁹

Sobre el particular preciso es referir que para el *sub examine*, el fenómeno prescriptivo no se rige por el término previsto para la nulidad del acto jurídico propiamente dicho, como lo sostiene el artículo 1750 del Código Civil, ni por las normas especiales estatuidas en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, pues la connotación del derecho objeto del acuerdo se escapa de dicha naturaleza, y obtiene el nivel de fundamental e imprescriptible.

Por manera que, al encontrarse inmerso en el debate el derecho pensional, en lo que concierne a su adecuado goce y protección, no resulta viable equiparar los términos de prescripción con aquellos que son dados para componentes ajenos o accesorios a una prestación, cuando la materia reclama un resguardo adicional y de carácter supra legal, máxime, cuando las consecuencias de aquel actuar contrario a derecho de la AFP Porvenir S.A., aún permea los derechos pensionales del reclamante. Resta señalar que, al no consolidarse el derecho al riesgo de vejez, no puede predicarse prescripción.

Dimanado en la no declaratoria del medio exceptivo, relevándose del estudio de las demás excepciones propuestas.



COSTAS

Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de las administradoras Porvenir S.A. y Colpensiones, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 03 de junio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 13 de septiembre de 2002, por **LUIS EDUARDO SÁNCHEZ MONTENEGRO** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01³¹

reintegrar a **COLPENSIONES**, y ésta a su vez a recibir por parte de ella, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **LUIS EDUARDO SÁNCHEZ MONTENEGRO**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales, los descuentos realizados por los gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES**, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir nuevamente a **LUIS EDUARDO SÁNCHEZ MONTENEGRO**, teniendo como semanas efectivamente cotizadas por el demandante, todas aquellas que, en el periodo de ausencia por el acto ineficaz, logró cotizar.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de las administradoras Porvenir S.A. y Colpensiones, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia, sin costas dado el resultado de la alzada.



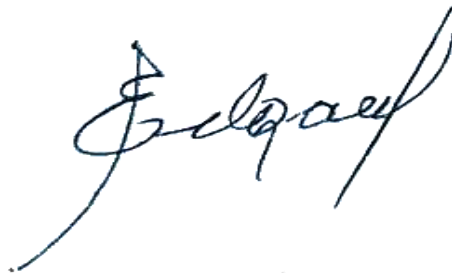
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

38202100048 01³²

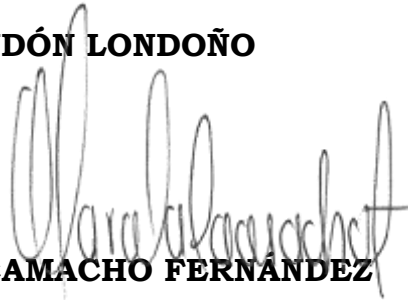
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **KARENTH FORERO SÁNCHEZ** contra **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 KARENTH FORERO SÁNCHEZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra la FUNDACIÓN SAN MARTÍN, para que previos los trámites procesales pertinentes se reconozca la existencia de una relación laboral con la

¹ 1 «Artículo 13. **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»



FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, con sendos contratos de trabajo, entre el 1 de febrero de 2013 y el 5 de junio de 2013, del 1 de julio de 2013 al 15 de diciembre de 2013, del 15 de enero de 2014 al 15 de junio de 2014 y del 15 de julio de 2014 al 15 de diciembre de 2014; que no le fueron pagadas las acreencias laborales causadas en cada contrato de trabajo; que no le fueron pagados los salarios de septiembre a diciembre de 2014; que se le deben pagar cesantías, prima de servicios, vacaciones, intereses a las cesantías causados en cada contrato de trabajo; que se indexen las condenas impuestas; que se condene a los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita, así como las agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias reclama, se condene al pago de intereses sobre las sumas que resulten en la condena y a los intereses moratorios sobre las sumas que resulten en la condena.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 5 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten que, celebró varios contratos de trabajo con la Fundación Universitaria San Martín, para desempeñarse como docente; que el primer contrato data del 1 de febrero de 2013 al 5 de junio de 2013; que el segundo contrato fue celebrado por medio tiempo, entre el 1 de julio de 2013 hasta el 15 de diciembre de 2013; que el salario pactado fue de \$1.185.628; que el tercer contrato fue celebrado por medio tiempo del 15 de enero de 2014 al 15 de junio de 2014; que el salario pactado fue de \$1.272.000; que el cuarto contrato de medio tiempo, fue del 15 de julio de 2014 al 15 de diciembre de 2014; que la asignación mensual fue de \$1.272.000; que no le fueron canceladas primas de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías; que no le fueron cancelados los salarios de septiembre de diciembre de 2013; que no le hicieron aportes a



seguridad salud y pensión y estos conceptos fueron asumidos por ella; que presentó la reclamación de los derechos en febrero de 2016.

CONTESTACIÓN: La **FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, los extremos de la relación laboral son diferentes y pagó las acreencias laborales a la ex trabajadora. Como medios **exceptivos** propuso los de cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de la obligación, pago de la obligación y compensación (fl. 66 del archivo 01 del expediente digita).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 25 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la existencia de múltiples contratos de trabajo entre Karennth Forero Sánchez y la Fundación Universitaria San Martín, como docente de medio tiempo, entre el 1 de febrero y el 30 de mayo de 2013, con salario de \$489.600; del 1 de julio al 15 de diciembre de 2013 y salario de \$1.185.628; del 15 de enero de 2014 al 15 de junio de 2014 con salario de \$1.272.000 y del 15 de julio al 15 de diciembre de 2014; **condenó** al pago de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y salarios de septiembre a diciembre de 2014; **condenó** al pago de los aportes de pensión no cancelados durante la existencia de los contratos de trabajo; **condenó** al pago de indemnización moratoria equivalente a \$42.400 diarios entre el 15 de junio de 2014 y el 15 de julio, \$42.400 a partir del 16 de diciembre de 2014 y hasta por 24 meses vencidos los cuales debía pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos; **declaró** probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las restantes pretensiones; **condenó** en costas a la demandada; **ordenó** la consulta de la providencia.



El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... conforme lo anterior el despacho procederá a impartir condena por dicho concepto, si bien se reconoció frente o bueno para la liquidación de dicha condena es necesario precisar que la misma no puede ser sucesiva, que no se puede condenar por una misma indemnización de forma sucesiva, no obstante lo que sí acredita la jurisprudencia o permite la misma, es que su liquidación se efectúe cuando existen contratos sucesivos respecto al período de suscripción de cada contrato, en tal sentido habría lugar a condenar al, a la indemnización moratoria respecto del contrato surtido dentro del primer período o del primer semestre del año 2014 por el periodo en, desde su vencimiento hasta que se suscribe nuevo contrato y por el segundo contrato a partir de la fecha en que se dio la terminación del mismo, las cosas y teniendo que la actora del juicio devengada por dichas sumas o por dichos contratos igual valor respecto al salario se condenará a la demandada a pagar la indemnización moratoria en los siguientes términos, por el contrato celebrado en el primer período del año 2014 se condenará a la indemnización prevista en el artículo 65 del código sustantivo de trabajo a razón de un día de salario equivalente a \$42.400 por el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2014 al 15 de julio de la misma anualidad, respecto del segundo contrato suscrito en el semestre, en el segundo semestre del año 2014 se condenará a la demandada a pagar por concepto de indemnización moratoria la suma diaria de \$42.400 por concepto, a razón de un día de salario a partir del día 16 de diciembre de 2014 y hasta que se cumplan los primeros 24 meses vencidos los cuáles se deberá cancelar los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera respecto de las condenas allí partidas y hasta que se efectúe el pago de los emolumentos ...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la **Fundación Universitaria San Martín**, estima que la sanción moratoria y la mala no puede extenderse más allá del 10 de febrero de 2015, al ser la fecha, en que el Ministerio de Educación a través de la Resolución 1702 del 2015, ordenó la suspensión de los pagos causados con anterioridad a dicha data, quedando el ente universitario sin autonomía y capacidad para hacer pagos u omitir su obligación; en segundo lugar, estima que, al presentarse la demanda 24 meses después de terminarse el vínculo laboral y devengar más de un salario mínimo legal, no podía reconocerse la sanción moratoria en suma equivalente a un salario diario, sino a intereses moratorios



corrientes desde la finalización del contrato y hasta su pago, por ello, solicita se modifique la sanción moratoria y se ordene el pago de intereses moratorios hasta el 10 de febrero de 2015.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la demandada presentó alegaciones de instancia.

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

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

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 demandada en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si era viable fulminar condena por concepto de sanción moratoria por el no pago de acreencias impuesta contra la Fundación Universitaria San Martín, teniendo en cuenta para ello, los contratos celebrados entre las partes, la fecha de intervención del Ministerio de Educación a la institución universitaria, el salario devengado por la demandante y la fecha de presentación de la demanda.



RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia en esta segunda instancia, la existencia de cuatro contratos de trabajo, entre el 1 de febrero y el 30 de mayo de 2013, con salario de \$489.600; del 1 de julio al 15 de diciembre de 2013 y salario de \$1.185.628; del 15 de enero de 2014 al 15 de junio de 2014 con salario de \$1.272.000 y del 15 de julio al 15 de diciembre de 2014; que existió entre la demandante y la Fundación Universitaria San Martín, pues fue así declarada por la Juez de Conocimiento, sin que frente a esta se esgrimiera oposición alguna, por lo que, no resulta necesario ahondar frente a este aspecto.

DE LA SANCIÓN MORATORIA

La acreencia laboral que debate la pasiva se encuentra estatuida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, la cual ha sido estudiada *in extenso* por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, precisando que ésta sanción no es de aplicación automática y, por ende, deben tenerse en cuenta los elementos subjetivos de la mala fe o buena fe, para la aplicación de la norma.

Determinación jurisprudencial vista, entre otras, en la sentencia rad. 38954 del 24 de julio de 2012 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, el advertir que *«El reseñado artículo impone unas consecuencias para el empleador incumplido, solo que, como en múltiples oportunidades lo ha decantado esta Sala, al tratarse de una preceptiva sancionadora, su imposición debe estar precedida de un razonamiento y de una evidencia de que la actuación no se enmarcó en los criterios de buena fe»*, criterio reiterado en sentencia de casación del 30 de abril de 2013 radicación 42466, con ponencia del Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que en ejercicio de



las funciones pedagógicas encargadas, indicó *«La <buena fe> equivale a obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de mala fe, de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud»*

Bajo esa óptica, al proceder la Sala a constatar si la demandada logró acreditar un actuar de buena fe para de este modo exonerarse de la sanción aquí estudiada, no encontró el lleno de tal supuesto, en primer lugar, pues contrario a lo indicado por señalado por el recurrente, el simple hecho de no pagar a la finalización de los distintos vínculos laborales, las acreencias laborales adeudadas a la docente, en modo alguno es suficiente para dar por sentada la buena fe de la pasiva, quien a juicio de la Sala, al soslayarse las acreencias laborales de la activa.

DE LA INTERVENCIÓN DE LA DEMANDADA

Sobre el particular, encuentra la Sala que en efecto el Ministerio de Educación Nacional a través de la Resolución No 0841 del 19 de enero de 2015, dispuso una vigilancia especial en contra de la Universidad San Martín y mediante Resolución No 1702 de 10 de febrero de 2015 se dispuso la suspensión de los pagos de las obligaciones. Ahora bien, aunque dichos actos administrativos ni siquiera fueron aportados al plenario, la Sala se vio conminada a consultarlas vía internet, constatando que en efecto dichas decisiones fueron adoptadas debido a los malos manejos contables y financieros de la entidad.

Con todo, tal situación per se, no impide ni demuestra la buena fe de la entidad, pues de vieja data tiene asentado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral que la falta de liquidez no exime a



la empresa del pago de la sanción moratoria. Así, en sentencia 34778 del 1° de junio de 2010, indicó:

«Si bien en la carta de despido se alude a una difícil situación económica del Club como causal de la extinción de la vinculación laboral del actor (fl. 23), tal misiva se erige en prueba del despido pero no acredita la motivación en ella expuesta, que, por otra parte, tampoco es eximente de la sanción moratoria, ni fue alegada al contestarse la demanda.

No sobra recordar que sobre la crítica situación económica de la empresa la Sala, de vieja data, ha dicho:

“LA LIQUIDEZ DE LA EMPRESA COMO EXIMIENTE DE MORATORIA:

Conforme a lo explicado, en sentir de la Sala la iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto no encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del C. S. de T, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibidem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación, respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios de prevención o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza laboral (C.N art 333)...» (Sent. 18 de septiembre de 1995, rad. 7393).



Por ende, la situación económica que llevó a la Fundación a ser intervenida por el Ministerio de Educación no la exonera del pago de la sanción moratoria a que fue condenada por no cancelar a la promotora, a la terminación del contrato, el valor de los salarios y prestaciones sociales adeudadas. Máxime, cuando para la terminación del contrato de trabajo, el 15 de diciembre de 2014, dichos Actos Administrativos ni siquiera se habían expedido.

Ahora, descendiendo a los reparos elevados por el apoderado de la parte demandada, al manifestar que se debe tenerse en cuenta la intervención de la que fue objeto por parte del Ministerio de Educación Nacional, misma que le impedía efectuar pagos por concepto de salarios y prestaciones sociales, preciso es señalar, que no es aceptable el eximente formulado por dicho extremo pasivo, pues como se puede observar de la documental antes referida, dicho proceso se adelantó con posterioridad al fenecimiento de del vínculo contractual, aunado a ello, no resulta palpable para la Sala, la gestión desplegada por la empresa en procura del reconocimiento de las acreencias laborales, o siquiera acercamiento alguno para con la ex trabajadora con miras a sanear la deuda allí contenida, se *itera*, al momento del cese de actividades ni posterior a ello, existe certeza alguna de que la encartada ejecutara acuerdos de pago en procura de la de la protección de los derechos de su trabajadora.

Así pues, no debe perderse de vista que través de la Resolución 841 del 19 de enero de 2015, se dispuso una vigilancia especial en contra de la demandada y mediante Resolución 1702 de 10 de febrero de 2015, se dispuso la suspensión de los pagos de las obligaciones, normativa que si bien prohíbe a la sociedad intervenida efectuar pagos, realizar compensaciones o arreglos económicos, no menos cierto es que dicha disposición no extingue los derechos de los trabajadores como tampoco



limita la responsabilidad del empleador; por manera que, es tan solo hasta la extinción de la persona jurídica que cesan dichas obligaciones, pues no se puede perder de vista que son las obligaciones laborales, derechos que cuentan con prevalencia ante posibles concurrencias de créditos.

Por lo hasta aquí manifestado, es patente que no le asiste a la accionada razón para limitar los efectos de la sanción impuesta en primera instancia y que se encuentra contenida en el artículo 65 del C.S.T; por lo que, habrá de confirmarse lo resuelto por el A quo al respecto.

SANCIÓN MORATORIA RESPECTO A LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

Trazados estos lineamientos y teniendo en cuenta lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003, en la medida en que la presente demanda fue radicada pasados los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, pertinente resulta la decisión emitida por la Juez de conocimiento al condenar a la demandada a pagar de la sanción moratoria, en cuantía igual a un día de salario, correspondiente a \$42.400, de acuerdo al salario declarado por la juez de conocimiento y que no fue objeto de reproche, el cual deberá ser reconocido por cada día de retardo en la cancelación de los salarios y prestaciones sociales adeudados a la demandante, a partir del 16 de diciembre de 2014 y hasta el 16 de diciembre de 2016, se itera, al haberse presentado después de 24 meses al finiquito contractual y a partir del mes 25, es decir, 17 de diciembre de 2016, se cancelarán intereses moratorios sobre el valor de las prestaciones adeudadas.



COSTAS

En esta segunda instancia se impondrá condena en costas a cargo de la Fundación Universitaria San Martín y a favor de Karennth Forero Sánchez, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 25 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **KARENNTNTH FORERO SÁNCHEZ** contra **LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la Fundación Universitaria San Martín y a favor del demandante, 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la Fundación Universitaria San Martín y a favor de Karennth Forero Sánchez en la suma de CUATROSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$400.000).

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ELSA AMANDA RODRÍGUEZ DE MORENO, CARLOS MORENO RODRÍGUEZ y DAVID MORENO RODRÍGUEZ** EN CALIDAD DE SUCESTORES PROCESALES DEL SEÑOR **CARLOS MORENO BENAVIDES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PROTECCIÓN, UGPP, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, PORVENIR** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 1 «Artículo 13. **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 como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada, Diana María Vargas Jerez, identificada con C.C. No. 1.090.449.043 de Cúcuta y portadora de la T. P. No. 289.559 expedida por el C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución de poder allegada vía electrónica.

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor CARLOS MORENO BENAVIDES, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la nulidad de la vinculación efectuada al RAIS, consecuencia de ello, también se debe declarar la nulidad del traslado efectuado de Porvenir a Protección S.A. y dicho fondo debe enviar los saldos o aportes pensionales consignados en la cuenta del demandante a Colpensiones, entidad que debe aceptar su vinculación al RPM; que adquirió el status para obtener la pensión de vejez y por ello, Colpensiones, le debe reconocer la prestación económica, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1653 de 1977, así como los intereses moratorios, actualizar la base de cotización, reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

Colofón de lo anterior, reclama se condene a Porvenir y a Protección S.A., a aceptar la nulidad de la vinculación efectuada por el demandante y se ordene a Protección a enviar el valor de los saldos o aportes y a Colpensiones a aceptar la vinculación del trabajador, se



condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión al demandante conforme a lo establecido en el Decreto 1653 de 1977 y desde la fecha que cumplió el status pensional, los intereses moratorios, a actualizar la base de cotización y a reconocer los 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 2 a 7 del de las diligencias, que en síntesis advierten, que, prestó sus servicios como empleado del Instituto de Seguros Sociales desde el 26 de agosto de 1968 hasta el 30 de septiembre de 1990, como médico; que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, había cotizado 1374 semanas; que, nació el 19 de noviembre de 1941; que fue inducido de manera errónea a trasladarse al Fondo de Pensiones Santander; que este fondo fue adquirido por Porvenir; que le es aplicable el Decreto 1653 de 1977 al ser un funcionario de la seguridad social; que para el momento del traslado, la AFP tenía conocimiento del derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación; que, no fue informado sobre su posibilidad de retornar al RPM; que en junio de 1999 se trasladó a Santander hoy Porvenir; que su empleador lo vinculó a Protección a partir del 1 de enero de 2013; que se afectó el derecho de libre escogencia, consentimiento y libre determinación, así como su calidad de vida, dignidad humana y mínimo vital; que, ha procurado regresar al RPM, sin embargo, Protección se ha opuesto a autorizar el traslado; que solicitó la nulidad del traslado ante Protección y Porvenir el 3 de junio y 3 de noviembre, respectivamente; que las AFPs han guardado silencio frente a la solicitud; que solicitó a Colpensiones se aceptara su afiliación, pero no le han dado respuesta; que desde el año 2010 ha solicitado a Colpensiones el reconocimiento pensional, siendo resuelta en forma desfavorable tal pedimento.



CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, no ha existido vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias. Como medios **exceptivos** propuso los de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida; prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, innominada o genérica (fl. 67).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el demandante nunca ha estado afiliado a dicho fondo, al no haber adquirido dicho fondo, a ING. Como medios **exceptivos** propuso los de, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandada, buena fe, innominada o genérica (fl. 95).

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, sentó su oposición frente a las pretensiones incoadas, al estimar que, la entidad efectuó la devolución de saldos al demandante en el año “2008” (sic), ante la solicitud elevada por el mismo actor en el año 2015. Como **excepciones** propuso las de, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica (fl. 162).

Con auto del 8 de noviembre de 2017, el juzgado de conocimiento, ordenó integrar a la Litis en calidad de consortes necesarios por pasiva, a la UGPP (fl. 322 del archivo 01 del expediente digital).

La **UNIDAD ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –**



UGPP, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que estas van dirigidas contra una entidad diferente y la entidad no tiene a su cargo el reconocimiento de ningún derecho pensional, al haberse reconocido pensión de jubilación directamente por la Universidad Nacional de Colombia. Como medios **exceptivos** propuso los de, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, improcedencia de condena alguna en cabeza de mi representada, compensación, innominada o genérica (fl. 326 del archivo 01 del expediente digital).

Mediante proveído del 28 de mayo de 2018 el *A quo*, integró al contradictorio como Litis consorte necesario por pasivo a la Universidad Nacional de Colombia – Oficina de Prestaciones Económicas – Fondo de Pensiones de la Universidad Nacional de Colombia (fl. 381 del archivo 01 del expediente digital).

La **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA – FONDO PENSIONAL**, fincó su oposición a las pretensiones, al estimar que, no es procedente ordenar recibir el traslado del demandante de Porvenir al ente universitario, al haberse liquidado la Caja de Previsión Social de la Universidad el 30 de junio de 2009 y por ello, para dicha data se trasladaron los afiliados a Colpensiones. Como excepciones propuso las de, inexistencia de la obligación e imposibilidad de reconocer derechos por fuera del ordenamiento legal, falta de causa y título para pedir, buena fe de la entidad demandada, prescripción, caducidad y la genérica (fl. 385 del archivo 01 del expediente digital).

El demandante falleció el 18 de noviembre de 2020 y por ello, con auto del 16 de diciembre de 2020 se aceptó la sucesión procesal presentada por la señora Elsa Amanda Rodríguez de Moreno, calidad de cónyuge y los señores Carlos Moreno Rodríguez y David Moreno Rodríguez, en



calidad de hijos del señor Carlos Moreno Rodríguez (q.e.p.d.)² y posteriormente, en audiencia pública celebrada el 12 de mayo de 2021 se ordenó integrar en calidad de Litis consorte necesario al consorcio FOPEP y excluyó del trámite a la UGPP y a la AFP Porvenir y con proveído del 14 de octubre de 2021, se dejó sin valor y efecto, la desvinculación ordenada a la UGPP (archivo 22, 23 y 27 del expediente digital).

El **CONSORCIO FOPEP 2019**, precisando que, el ente carece de interés jurídico reclamado en el sub examine, al ser ajeno a sus competencias, como la nulidad del traslado del régimen pensional. Como medios **exceptivos** la falta de legitimación en la causa por pasiva, indebida notificación – de la representación legal y judicial del fondo de pensiones públicas del nivel nacional – FOPEP, inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario e integración del contradictorio, inexistencia del demandado, ausencia de responsabilidad, prescripción y la genérica contemplada en el artículo 282 de la Ley 1564 de 2012 (archivo 26 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de junio de 2022, en el que, resolvió; **negar** las pretensiones incoadas por Carlos Moreno Benavidez (q.e.p.d.) hoy Elsa Amanda Rodríguez, Carlos Moreno Rodríguez y David Moreno Rodríguez como herederos determinados; **absolvió** a Colpensiones, Protección y a las vinculadas UGPP y Universidad Nacional de las pretensiones incoadas por la parte actora; **declaró** probadas las excepciones propuestas por

² Archivo 09 y 10 del expediente digital.



Colpensiones, Protección, UGPP y la Universidad Nacional de Colombia; **condenó** en costas a la parte actora; **ordenó** la consulta a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... Así las cosas concluye el despacho que, en lo atinente a la nulidad del traslado de régimen pensional no procede acceder a las pretensiones de la demanda, el despacho considera que debe darse aplicación igualmente en este caso a la sentencia SL 373 del 2021, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, donde se concluyó claramente que la situación o el traslado de régimen que se hace del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual por el vicio por falta de información, se puede consolidar a través del reconocimiento pensional que haga el fondo privado, e igualmente, este despacho considera que en el caso del señor demandante, que no cumplía con las condiciones para obtener pensión por parte de Protección se consolidó su situación o su vinculación con el RAIS, el señor demandante, con la aceptación del pago de la devolución de los saldos depositados en su cuenta de ahorro individual, a juicio del despacho, el demandante cuando habiendo cumplido todos los requisitos admitió, aceptó, el pago de los valores depositados en su cuenta de ahorro individual se saneó cualquier vicio o nulidad o ineficacia que se hubiese generado en 1998 cuando hizo el traslado de régimen pensional, que como el despacho concluyó fue efectivamente irregular, no se probó que información se le suministró, pertenecía al régimen de transición y de contera ya estaba pensionado por la Universidad Nacional...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de los **sucesores procesales**, Estima que al negarse las pretensiones y negarse el traslado del fondo, debió condenarse al reconocimiento de pensión de garantía mínima en el RAIS, en segundo lugar, que, la nulidad de traslado se podía hacer efectiva, ya que la pensión otorgada por la Universidad Nacional, fue cotizada en tiempo diferente y por ello, solicita se revoque la sentencia y se condene a reconocer la pensión de vejez a Colpensiones, como quiera que el afiliado era empleado de seguridad social.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 los extremos procesales presentaron alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, valga precisar que la ineficacia del traslado perseguida en esta jurisdicción no fue objeto de reclamación ante la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, previo a la radiación de la demanda.

No obstante, lo anterior no tiene vocación suficiente para invalidar las actuaciones hasta ahora surtidas pues, la falta de reclamación administrativa es un factor de competencia susceptible de ser saneado, ante la omisión de la pasiva de formular la excepción previa correspondiente.

Al respecto, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

«Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de



procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que “La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso.” sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221.

Así las cosas, y ante tal inadvertencia de la demandada Colpensiones, se entiende prorrogada la competencia en esta Sala de Decisión, para decidir el conflicto avocado, como en efecto se hará, máxime que la solicitud de traslado a Colpensiones presentada el 20 de octubre de 2015 (fl. 24 archivo 001 del expediente digital), no es suficiente para tener como agotado dicho requisito.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, y el recurso de apelación impetrado a favor de los sucesores procesales del 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 ineficacia de la afiliación realizada por Carlos Moreno Benavides al régimen de ahorro individual administrado por Protección S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva o si el hecho de habersele reconocido y pagado la devolución de saldos, impide que se declare la reclamada ineficacia de traslado, por otro lado, se deberá estudiar el



reconocimiento de la pensión vejez de garantía mínima a cargo del fondo Protección y la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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, 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, petición incoada ante Porvenir, Protección y Colpensiones (fl. 20 a 30); registro civil de nacimiento del demandante (fl. 31, 147); copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 32, 148, 157, 220); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 33 y archivo 40 del expediente digital); certificado de información laboral (fl. 45); solicitud de certificación de bono pensional especial tipo T (fl. 46); copia de la Resolución 019809 del 25 de junio de 2010, 2025 del 29 de noviembre de 2011 (fl. 47); formulario de afiliación a Colmena (fl. 129); certificado SIAFP (fl. 130, 212, 263);



solicitud de información presentado ante la Universidad Nacional de Colombia (fl. 132); historia laboral para iniciar el proceso de bono pensional emitido por Santander (fl. 133); certificación laboral para bono pensional (fl. 140); solicitud de pensiones incoada por el demandante (fl. 142); declaraciones juramentadas (fl. 144 a 146, 150, 154 a 156, 221); declaración de beneficiarios (fl. 149); certificado de estudios y registro civil de la hija del demandante (fl. 151 a 153); certificado de afiliación emitido por el Fondo de Pensiones Santander (fl. 160); certificado de empleador para trámite de pensión de invalidez y sobrevivencia (fl. 163); certificado de aportes (fl. 164, 201 a 209, 222 a 243); concepto recaudos acreditación (fl. 178); solicitud de certificación emitido por Santander y respuesta de la Universidad Nacional (fl. 179 y 180); copia de Resolución 570 de 1997 y 107 (fl. 181 a 185); periodo de afiliación al ISS (fl. 187 a 193); Liquidación de bono pensional tipo A (fl. 195); oficio informando al demandante sobre la no expedición de bono pensional (fl. 198, 269); formulario de viabilidad trámite pensión de vejez (fl. 200); estudio valoración legal (fl. 210); respuesta de Santander frente a solicitud de pensión (fl. 213, 246); solicitud de reapertura del trámite de pensión de vejez presentado por el actor (fl. 215); formulario de solicitud de pensión (fl. 216); consulta de saldos del afiliado (fl. 244, 256); formulario de aceptación de términos de definición, de supervivencia (fl. 249); certificado del Banco Davivienda (fl. 254); retiro de saldos (fl. 255); solicitud de certificación presentada por el actor (fl. 259); notificación de devolución de saldos por vejez, por valor de \$58.560.421 (fl. 260); confirmación telefónica de pago de beneficio pensional (fl. 262); información sobre bono pensional (fl. 264); certificado emitido por ING, frente a devolución de saldos (fl. 265); inscripción de cuenta financiera – débito automático (fl. 266); solicitud de bono pensional reclamado por el demandante (fl. 267); respuesta de Protección frente a petición incoada por el demandante (fl. 272); expediente administrativo (fl. 275); pruebas (fl. 302);



resolución 122 de 2013 y 123 de 2013 (fl. 404, 408 archivo 01 del expediente digital); solicitud de documentos del demandante solicitados al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales (fl. 436 del archivo 01 del expediente digital); certificado de los cargos desempeñados por el demandante (fl. 444 del archivo 01 del expediente digital); contrato de trabajo suscritos por el demandante y otrosí (fl. 448, 451, 455, 456 del archivo 01 del expediente digital); designación de médico residente (fl. 450 del archivo 01 del expediente digital); comunicación de cambio de cargo (fl. 454 del archivo 01 del expediente digital); Resolución 1219 (fl. 458 del archivo 01 del expediente digital); acta de posesión del demandante (fl. 459 del archivo 01 del expediente digital); resolución 001290, aceptando renuncia del actor (fl. 460-461 del archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 467 del archivo 01 del expediente digital y fl. 3 de archivo 40 del expediente digital); expedición de certificado del ex trabajador (fl. 468 y 481 a 483 del archivo 01 del expediente digital); expediente administrativo emitido por la Universidad Nacional de Colombia (archivo 20 del expediente digital); acuerdo para la Constitución del consorcio denominado Consorcio Fopep 2019 (fl. 19 del archivo 26 del expediente digital); contrato de encargo fiduciario No. 483 de 2019 (fl. 26 del archivo 26 del expediente digital); certificado de no información del ex trabajador en la UGPP (fl. 3 del archivo 32 del expediente digital); expediente administrativo emitido por la Unidad de Gestión documental del ISS Liquidado (archivo 37 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 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 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 encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 26 de agosto de 1968 hasta el 31 de agosto de 1999, tal como se advierte de la historia válida emitida por Colpensiones, para luego trasladarse a la AFP Colmena el 24 de junio de 1999 (fl. 129), fondo de pensión que fue comprada por ING y posteriormente fusionado con Protección, situación que se corrobora con el certificado SIAFP acopiado a folio 131 de la documental acopiada por Protección S.A., al contestar la demanda,; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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

Por otro lado, el demandante, a la hora de rendir su declaración informó ser pensionado por la Universidad Nacional de Colombia, al haber prestado sus servicios por más de 24 años a dicha institución; que estuvo



afiliado al Seguro Social y un día fue un asesor y le dijo que se trasladara, porque le iban a pagar una mesada pensional más alta y que iba a pensionarse más rápido, ello ocurrió 10 años antes de su declaración, dándole simplemente el formulario para que lo diligenciara y firmara, agregando a su declaración que en el año 2004 inició el proceso de reconocimiento pensional ante la AFP Santander, sin embargo, en octubre de 2004 le fue notificado que el Ministerio de Hacienda no había emitido el bono pensional al no ser compatible con la pensión que devengaba con la Caja de Previsión Social.

A su turno, la señora Elsa Amanda Rodríguez de Moreno, quien era la cónyuge del afiliado, informó que él trabajaba en el Seguro Social y en la Universidad el Rosario y dada la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, empezaron a llegar los asesores de los fondos, él le comentó que las pensiones eran más altas en estos fondos y se trasladó.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este no es suficiente para probar el consentimiento informado del ex trabajador, y tampoco se puede concluir que se hubiere brindado una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, 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.

DE LA DEVOLUCIÓN DE SALDOS RECONOCIDA AL SEÑOR CARLOS MORENO BENAVIDES.

No pasa inadvertido esta Sala de Decisión que, el demandante, en su oportunidad, informó haber iniciado ante la AFP Santander en el año 2004, los trámites tendientes a obtener el reconocimiento y pago de su pensión de vejez³, sin embargo, de acuerdo a la documental acopiada al cartapacio procesal se puede concluir que, tal situación no se materializó, pues, pese a que la AFP adelantó las gestiones ante el Ministerio de Hacienda, dicho ente negó la expedición del bono al estimar que, “*EXISTE INDICIO DE PENSIÓN CON 8999990633N UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA*”⁴.

De las gestiones adelantadas por la AFP en octubre de 2004, le fue comunicado al actor, que había sido negada la expedición del bono pensional tipo A “*debido a que este no es compatible con la pensión que usted actualmente devenga con la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional*”⁵.

Fue así como Santander, en su momento concluyó que,

- “1. Afiliado NO excluido del Régimen de Ahorro Individual.
- 2. No se elabora cálculo en el cotizador pues no existe bono pensional de acuerdo a certificación de analista de bonos pensionales.
- 3. No tiene derecho a pensión teniendo en cuenta el bajo capital que tiene en su cuenta de ahorro individual y a la inexistencia de bono pensional.

³ Folio 142 del expediente.

⁴ Folio 195

⁵ Folio 198



4. Procede devolución de saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del afiliado. Edad del Afiliado: 63 Años”⁶

Fue así como con oficio DBP-0025-05 del 7 de enero de 2005, el Fondo de Pensiones Santander informó al actor, no solo la imposibilidad de reconocer la pensión de vejez, al no haberse emitido el bono pensional por parte del Ministerio, sino que, en su caso, procedía la devolución de saldos teniendo en cuenta *“que actualmente tiene 63 años de edad, cumplidos el pasado 19 de Noviembre de 2.004, procede la devolución de saldos actualizada y capitalizada a la fecha de giro, en cumplimiento del artículo 66 de la ley 100 de 1993”*.

Agregando en la misiva la información que se requería para proceder a efectuar la devolución de saldos, ya que, el fondo carecía de facultad legal para realizar el trámite directamente y en caso de no encontrarse conforme con la decisión, podía solicitar al fondo reconsiderara su decisión, allegando para ello, los soportes o pruebas necesarias para acreditar su dicho.

En julio de 2015, el actor solicitó la redención del bono pensional por haber prestado sus servicios al extinto Instituto de Seguros Sociales, entre agosto de 1968 y agosto de 1992 , dándose respuesta por parte de Protección al pedimento en forma desfavorable, teniendo en cuenta que *“hasta el momento no se ha podido realizar el trámite de su bono pensional, ya que en el Sistema Interactivo de la OBP rechaza la liquidación de su bono, presentando el mensaje de error **Nro. 3718** “BENEFICIARIO REGISTRADO CON INDICIO PENSIÓN NO ISS/COLPENSIONES INCOMPATIBLE CON BONO PENSIONAL”, lo cual*

⁶ Folio 200

⁷ Folio 214



impide la liquidación, emisión, reconocimiento y cobro del mismo” (fl. 289 a 290).

Fue así como, el 11 de enero de 2008 el actor, solicitó reapertura de su trámite y allegó actualización de información de su grupo familiar y una declaración extra juicio para tales efectos (fl. 215), sin embargo, en oficio DBP-0346-08 del 23 de enero de la calenda en cuestión la AFP Santander le precisó, *“que en su caso el capital no es suficiente para reconocer la pensión solicitada, se verificó que no cotizó al Sistema General de Pensiones el mínimo de 1150 semanas exigidas en la Ley, para acceder a la garantía de pensión mínima, en consecuencia **PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER** niega su solicitud otorgando a su favor la devolución de saldos existentes en su cuenta de ahorro individual en aplicación del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, toda vez que usted actualmente cuenta con la edad establecida para obtener este beneficio”* (fl. 246).

El 7 de abril de 2008 se emite oficio DBP-1787-2008, en el que ING notifica al demandante que, *“En relación con nuestro comunicado del 23 de Enero de 2008, y consecuentemente con la documentación allegada a esta Administradora, nos permitimos informarle que el 17 de Marzo de 2008, realizamos el pago que se encontraba pendiente por concepto de devolución del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional”,* precisándose que el valor objeto de devolución equivalía a \$58.560.421 (fl. 260).

Tal como se desprende de la documental traída a colación, el ex trabajador solicitó el reconocimiento pensional en el año 2004, por lo que, la AFP Santander (para la época), procedió a realizar el trámite de redención del bono pensional ante el Ministerio, sin embargo, ante la negativa de la expedición de este, estudió la densidad de aportes



efectuados por el demandante a dicho régimen, para concluir que no era viable el reconocimiento de la pensión de vejez, ni tampoco la pensión de garantía mínima, al no contar con la densidad de semanas exigidas legalmente para ello.

Concluyendo el fondo, que la única opción, dada la negativa a expedir el bono-, era la devolución de saldos, pero que ella solo sería reconocida previa solicitud del afiliado, con el lleno de unos requisitos documentales, para su correspondiente pago, materializándose tal trámite el 17 de marzo de 2008 con la consignación o transferencia de los dineros a la cuenta bancaria suministrada por el demandante (fl. 260).

Luego entonces, la devolución de saldos efectuada en el año 2008, obedeció a la negativa a la expedición del bono pensional por parte del Ministerio y la no aprobación efectuada por la OBP, que dieron en su momento lugar a que, se accediera al reconocimiento de sumas de dinero y, por tanto, la desafiliación al sistema de seguridad social en pensiones del ex trabajador.

Por otro lado, tampoco se pasa inadvertido que, el hecho de haberse materializado la devolución de saldos a favor del señor Carlos Moreno (q.e.p.d.), genera, tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral⁸, una revisión de todas las “*operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida*” o en su defecto actualizar unos valores reconocidos a favor del ex trabajador, generándose de esta manera una brecha económica que debe asumir el ente de seguridad social – Colpensiones – en perjuicio del interés de los demás afiliados al sistema.

⁸ Sentencia SL373-2021



Agregándose en este punto que, tampoco sería viable ordenar el traslado de unos aportes que desde el año 2008, se itera, no se encuentran a cargo o administrados por la AFP Protección, al haberse entregado al señor Moreno y tornarse de esta manera inviable, ordenar la devolución de gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, cuando el ente de seguridad social no los ha administrado desde hace más de 14 años.

Las anteriores consideraciones, sirven de sustento para decir que, no es posible declarar la ineficacia del traslado, se itera, al haberse reconocido la devolución de saldos y estarse ante un hecho consolidado y consumado, que ya no es posible revertir, no quedándole otro camino a esta Sala de Decisión que confirmar la absolución impartida por el juez de conocimiento.

RECONOCIMIENTO PENSIONAL

Reprocha en la alzada el apoderado de la parte actora, que se debe ordenar el reconocimiento y pago bien sea de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones o la pensión de garantía mínima a cargo del RAIS, al haberse acreditado los requisitos para tales reconocimientos.

En este punto, debe resaltar la Sala que no es posible acceder a tales pedimentos, en primer lugar, por cuanto, en el líbelo genitor, no se reclamó el reconocimiento y pago de pensión de garantía mínima a cargo de Protección y en segunda instancia, no es posible proferir condenas conforme a las facultades ultra y extra petita, a la luz de lo dispuesto en el artículo 50 del Código Procesal Laboral.



En suma, tampoco es viable el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones, al no haberse declarado la ineficacia del traslado efectuado a Protección y consecuencia de ello, mantenerse la afiliación del señor Moreno (q.e.p.d.) en el RAIS.

COSTAS

En esta segunda instancia se impondrá condena en costas a cargo de los sucesores procesales y a favor de Colpensiones y Protección, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 2 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ELSA AMANDA RODRÍGUEZ DE MORENO, CARLOS MORENO RODRÍGUEZ y DAVID MORENO RODRÍGUEZ** en calidad de sucesores procesales del señor **CARLOS MORENO BENAVIDES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN, UGPP, UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, PORVENIR.**

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia a cargo de los sucesores procesales y a favor de Colpensiones y Protección, dadas las resultas de la alzada.



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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Elsa Amanda Rodríguez De Moreno, Carlos Moreno Rodríguez y David Moreno Rodríguez en calidad de sucesores procesales del señor Carlos Moreno Benavides y a favor de Colpensiones y Protección en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000) a favor de cada una de las entidades.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **HÉCTOR BECERRA CUBILLOS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones a Diana María Vargas Jerez, identificada con C.C. No. 1.090.449.043 de Cúcuta y portadora de la T. P. No. 289.559 expedida

¹ 1 «Artículo 13. **APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitar así:

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

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

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



por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder de sustitución allegado vía correo electrónico.

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor HÉCTOR BECERRA CUBILLOS, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y COLFONDOS, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la nulidad del traslado y afiliación efectuada al RAIS efectuada el 3 de enero de 2003 y consecuencia de ello, Colpensiones reactive su afiliación y reciba los aportes realizados en el fondo privado, así como los rendimientos, hasta la fecha que se produzca su retorno al RPM.

Consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones a recibir de Colfondos el traslado de los rendimientos del demandante durante el tiempo que duró su vinculación a dicho fondo; se ordene a Colfondos a trasladar la diferencia entre los aportes que recibió y los que debe realizar a Colpensiones debidamente indexados e intereses de mora; se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita; se condene en costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 4 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 11 de marzo de 1957, que se afilió al extinto Instituto de Seguros Sociales el 20 de febrero de 1980; que cotizó al ISS un total de 884 semanas hasta diciembre de 2002; que el 22 de noviembre de 2002 un asesor de Colfondos lo convenció de trasladarse de régimen, ofreciéndole una mejor pensión de vejez, pero sin suministrar una información completa, detallada y real; que la suscripción del



formulario se llevó a cabo en la empresa Comercializadora Diamant Boart; que ha cotizado al RAIS un total de 872,43 semanas; que durante su vida laboral ha cotizado 1.756,⁴³ semanas; que se acercó a Colfondos y a Colpensiones para averiguar sobre su mesada pensional y la misma resulta ser disímil en su valor; que el 16 de octubre de 2020 Colfondos le informó al demandante sobre el reconocimiento de la pensión de vejez en la modalidad de renta vitalicia y al unísono remitió la información a su empleador; que a la fecha de presentación de la demanda no se ha incluido en nómina de pensionados; que el 15 y 16 de septiembre de 2020 radicó reclamación administrativa ante Colpensiones y Colfondos, respectivamente, recibiendo respuesta desfavorable de la primera de ellas, dado que la segunda, guardó silencio.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, no obra prueba alguna que acredite que la demandante hubiese incurrido en un error por parte de la AFP o que se está 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, 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 14 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que la entidad sí brindó asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de la



decisión de trasladarse de régimen, así como características, ventajas, desventajas del sistema. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, 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 y pago (archivo 17 del expediente digital).

En audiencia pública celebrada el 14 de septiembre de 2021, se ordenó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales (archivo 30 y 31 del expediente digital).

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la entidad no era la competente para dar cumplimiento a las pretensiones del demandante. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe (archivo 34 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Colfondos el 22 de noviembre de 2002; **ordenó** a Colfondos trasladar la totalidad de los valores que hubiesen en la cuenta individual del demandante, junto con los rendimientos hasta cuando se haga efectivo el traslado al RPM; Colfondos debía



incluir gastos de administración, comisiones descontadas de aportes, valores devueltos debidamente indexados; **ordenó** a Colfondos devolver al Ministerio de Hacienda el bono pensional emitido debidamente indexado; **ordenó** a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad al demandante; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Colfondos; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Acá en este asunto debe tenerse en cuenta que el señor demandante, el señor Héctor Becerra Cubillos sí presentó una solicitud de reconocimiento pensional ante Colfondos, pero bajo la modalidad de renta vitalicia, y lo cierto es que, no se ha hecho efectiva, no se le ha reconocido su status de pensionado, porque quien debe reconocerle esa prestación a través del seguro contratado, es la aseguradora que acepte pagar la modalidad de renta vitalicia en atención del señor demandante. Atendiendo la modalidad que libremente escogió para adquirir su derecho pensional.

Colfondos lo que alega es que no se ha podido contratar una aseguradora que asuma el riesgo bajo esa modalidad de pensión que quiere el actor, lo que, el despacho debe entender, efectivamente, es que el señor demandante, no ostenta la calidad de pensionado, pues si bien, hay una solicitud en curso desde el año 2019, lo cierto es que al actor no le han desembolsado una sola mesada pensional, ni reconocido su calidad de pensionado y mal haría Colfondos en reconocer una mesada pensional cuando Colfondos no es el responsable del pago de dicha mesada, sino la aseguradora que eventualmente hubiese aceptado contratar el seguro por renta vitalicia.

En ese orden de ideas el despacho considera que Colfondos no ha dado cumplimiento al reconocimiento pensional del demandante, toda vez que no ha podido contactar una aseguradora que acepte el contrato de seguros y pago de la renta vitalicia a favor del demandante, por lo tanto, no puede afirmarse que efectivamente el señor demandante ostente la calidad de pensionado ni que se le haya pagado la primera mesada pensional...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia, al estimar que no se encuentra acreditado ningún vicio del



consentimiento del demandante; que la carga probatoria no debe estar a cargo de las AFP; en su sentir, el actor tan solo se presentó a averiguar sobre su trámite pensional en el año 2019; que se puede evidenciar que el actor tuvo vocación de permanecer en el RAIS; que el actor ostenta la calidad de pensionado y por ello se afectarían relaciones jurídicas de terceros y descapitalización del sistema pensional.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte actora y Colpensiones presentaron alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 49 del archivo 01 del expediente digital y la cual fue resuelta en forma desfavorable el 17 de septiembre de 2020 (fl. 65 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 el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte demandada en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por el señor Héctor Becerra Cubillos al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos 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. 13 archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitidas por Colpensiones (fl. 14 archivo 01 del expediente digital); emisión de bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 18 archivo 01 del expediente digital); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 25 archivo 01 del expediente digital y fl. 100 del archivo 17 del expediente digital); comunicación de afiliación de trabajadores de la empresa Diamant Boart de Colombia Ltda a Colfondos (fl. 26 archivo 01 del expediente digital); vinculación aprobada del actor a Colfondos (fl. 27 archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colfondos (fl. 28 archivo 01 del expediente digital); reconocimiento de pensión en modalidad renta vitalicia a favor del demandante (fl. 43 archivo 01 del expediente digital y fl. 101 del archivo 17 del expediente digital); comunicación de Colfondos al demandante (fl. 47 archivo 01 del expediente digital); comunicación de reconocimiento pensional remitida a la empresa Diamantbec Ltda (fl. 48 archivo 01 del expediente digital); reclamación efectuada ante Colfondos (fl. 57 archivo 01 del expediente digital); respuesta de Colpensiones a petición incoada el 15 de septiembre de 2020 (fl. 65 archivo 01 del expediente digital); respuesta de Colfondos a petición (fl. 74 archivo 01 del expediente digital); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 15 del expediente digital); historia laboral emitida por Colpensiones (archivo 16 del expediente digital); historial de vinculaciones del demandante (fl. 98 del archivo 17 del expediente digital); formato de solicitud de pensión (fl. 106 del archivo 03 del expediente digital); autorización para cotización a renta vitalicia (fl. 112



del archivo 17 del expediente digital); autorización de traslado a la modalidad de renta vitalicia (fl. 113 del archivo 17 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 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Norma	Objeto	Alcance
Decreto 2555 de 2010	Artículo 2.6.10.2.3	Establece la obligación de las administradoras de pensiones de suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna a los afiliados sobre 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.
Decreto 2555 de 2010	Artículo 2.6.10.2.3	Establece la obligación de las administradoras de pensiones de suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna a los afiliados sobre 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.
Decreto 2555 de 2010	Artículo 2.6.10.2.3	Establece la obligación de las administradoras de pensiones de suministrar información clara, cierta, comprensible y oportuna a los afiliados sobre 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.



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 20 de febrero de 1980 al 31 de mayo de 1999, tal como se advierte de la historia laboral allegada por el demandante y Colpensiones al momento de contestar el libelo introductor (fl. 14 del archivo 01 del expediente digital y archivo 16 del expediente digital), para luego trasladarse a Colfondos el 22 de noviembre de 2002 (fl. 25 del archivo 01 del expediente digital y 100 del archivo 17 del expediente digital), corroborándose tal determinación con la certificación SIAFP aportada al cartulario (fl. 99 del archivo 17 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 Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se



encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que empezó a cotizar desde los 18 con el Seguro Social y a partir del 2001 se integró a una empresa, DiamantBec la cual le entregó el formulario de Colfondos, sin que mediara la presencia de un asesor de la entidad; que faltando como 4 años para cumplir la edad para pensionarse, se acercó a Colfondos para solicitar información para el reconocimiento pensional, efectuándole un cálculo de la pensión, en un salario mínimo legal para la época y se acercó a Colpensiones para realizar un estudio de su mesada y allí le informaron que no podía retornar al régimen de prima media y le entregaron copia de historia laboral para que la verificara.

Que presentó solicitud para el reconocimiento de la mesada ante Colfondos, en calidad de pensión vitalicia, y le informaron que esto debía realizarse por medio de una aseguradora, reconociéndole la prestación a partir de octubre de 2019, sin embargo, ninguna compañía aceptó manejar los dineros de sus aportes y hasta la fecha de su declaración, no recibe mesada pensional; que Colfondos, aprobó e informó al empleador del reconocimiento de la pensión y le fue terminado su contrato laboral.

Que Colfondos, le solicitó reevaluar la posibilidad de cambiar la modalidad pensional de vitalicia a retiro programado, sin embargo, su decisión es mantenerse en la opción elegida, dado que de esta manera podría realizar el cambio a retiro programado, situación que no podría realizar si escogía retiro programado y así lo informó telefónicamente a la entidad.



A su turno, el representante legal de Colfondos, informó que la entidad reconoció la pensión de vejez al demandante, a partir de octubre de 2019, con una mesada pensional de \$990.000, sin embargo, esta pensión fue solicitada en la modalidad de renta vitalicia y por ello, Colfondos debía buscar una aseguradora para que se hiciera cargo de la administración de esa pensión, al tener que trasladar los dineros a este tercero; sin embargo, para abril de 2020 no se ha presentado ninguna aseguradora que adquiera la pensión en esta calidad y por ello, se ofreció al demandante reconsiderar su posición y escogiera el retiro programado, para pagarle la mesada pensional, adicionalmente precisó que el bono pensional, ya fue pagado a favor de Colfondos.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, pues de su declaración no se puede vislumbrar que la convocada a juicio le haya 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 52 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 Colfondos 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.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ RECONOCIDA AL DEMANDANTE.

No pasa inadvertido esta Sala de Decisión que, desde el escrito genitor, el demandante señaló que Colfondos le había informado en octubre de 2020, del reconocimiento de la pensión de vejez por capital en modalidad de “renta vitalicia” y la misma sería reconocida a partir del 16 de octubre de 2019, en cuantía de \$990.000 (Hecho 14).

El 1 de octubre de 2019, el señor Becerra Cubillos diligenció formulario ante Colfondos, en el cual autorizó en forma expresa a la entidad a trasladarlo a la modalidad renta vitalicia, sino que también la facultó para “...cotizar con todas, las aseguradoras arriba listadas, o las que se encuentren disponibles en ese momento, la Renta Vitalicia en caso de que el saldo de mi cuenta de ahorro individual no sea suficiente para continuar recibiendo mi pensión bajo la modalidad Retiro Programado, según lo mencionado en el punto 1 y 2...” (fl. 112 y 113 del archivo 17 del expediente digital).

Colofón de lo anterior, las partes allegaron copia del oficio RAD-55099-10-19 del 16 de octubre de 2019, en el que Colfondos le reconoce la pensión de vejez en la modalidad anteriormente señalada y formulario de elección de sistema pensional para reconocer la prestación.

Pese a la decisión de reconocer la pensión al accionante, Colfondos, dio



alcance a tal determinación, informando al actor con oficio RAD-RAD-55099-04-2020 del 7 de abril de 2020 *“sin embargo, a la fecha no ha sido posible trasladar su pensión a este tipo de modalidad, debido a que ninguna aseguradora ha presentó (sic) cotización con el ánimo de adquirir el reconocimiento de su pensión en la modalidad de renta vitalicia”* y por ello, *“lo (a) invitamos a evaluar la posibilidad de adquirir el pago y administración de su pensión en la modalidad de **Retiro Programado**, de esta forma nosotros realizaríamos la administración y el pago de su mesada pensional.”*²

En oficio de fecha 1 de agosto de 2018, Protección S.A., le informó al aquí demandante, que *“De acuerdo al análisis efectuado para determinar el derecho a la prestación económica se informa que la fecha de reconocimiento de su prestación es 01-ago-2018”*.

A su turno, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público acopió a folio 36 de las diligencias (archivo 34), copia de la Resolución No. 20401 del 22 de agosto de 2019, en la que emite y ordena el pago de bonos pensionales tipo A, al haber ocurrido su redención y encontrándose en tal listado, el aquí convocante a juicio.

Por otro lado, pero no menos importante, se tiene que, tanto el demandante, como el representante legal de Colfondos, a la hora de rendir sus respectivas declaraciones, informaron que, había sido reconocida una pensión a favor del señor Becerra Cubillos, pero ninguna aseguradora había querido asumir tal obligación, encontrándose a la fecha de celebración de la diligencia (11 de marzo de 2022, archivo 39 y 40 del expediente digital), sin percibir ningún valor por concepto de mesada pensional.

² Folio 104 del archivo 17 del expediente digital



De acuerdo al caudal probatorio analizado, se puede colegir sin dubitación alguna que, a pesar de haberse reconocido la pensión de vejez al demandante a partir de octubre de 2019, han transcurrido más de dos años, sin que, reciba el pago de su mesada pensional.

Así las cosas, para resolver, si es procedente o no la declaratoria de ineficacia del traslado, cuando al afiliado ya le ha sido reconocida la pensión de vejez, se debe traer a colación lo enseñado por el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, con ponencia de la Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo;

“Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto

...

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida. Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono...”

Sin desconocer el precedente antes citado, tenemos que en el sub examine, brota en forma palmario una divergencia, con casos



similares, en los cuales, los afiliados perciben el pago de las mesadas pensionales, situación que no ocurre en el caso objeto de estudio, pues, como lo ha retirado esta Sala, el demandante y Colfondos a través de su representante, aceptaron que no se había efectuado el pago de ninguna mesada pensional y por ello, se deben entrar a dilucidar otros aspectos, para desatar la litis.

En primer lugar, el demandante optó por pensionarse en la modalidad de renta vitalicia, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, tal decisión no se materializó, al no suscribirse el contrato de renta vitalicia con la aseguradora, pues, se reitera, ninguna aseguradora quiso asumir la cuenta u obligación con el demandante, omitiéndose un trámite importante para que el demandante adquiriera la calidad de pensionado y por tanto, estima esta Sala de Decisión, que en el sub examine no nos encontramos ante una situación jurídica consolidada, al conservar el señor Becerra Cubillos la calidad de afiliado y no de pensionado³.

Así las cosas, de acuerdo al criterio jurisprudencial, es viable declarar la ineficacia del traslado cuando no se está en presencia de un hecho consolidado, como lo es, el reconocimiento de la pensión de vejez por parte del fondo de pensiones.

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 la demandada, pues se reitera, 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 y que ostente la calidad de pensionado,

³ Sentencia SL1309 del 2021



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, sin que pueda indicarse que en el examine existió un saneamiento por el paso del tiempo, contrario a lo definido por esta entidad, como claramente lo refiere el criterio de la Corte Suprema de Justicia

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.

En este aspecto se tiene, que tal como 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».

Colofón de lo anterior, se adicionará la sentencia, en el sentido de ordenar la devolución de las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga el accionante en su cuenta de ahorro individual⁴, 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.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto

⁴ Sentencia CSJ SL 1055-2022



define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*», por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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 Colpensiones a favor del demandante, Héctor Becerra Cubillos, 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **segundo y tercero** de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 23 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **HÉCTOR BECERRA CUBILLOS** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con



cargo a sus propios recursos y los rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.

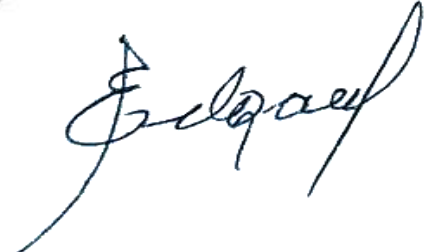
SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. 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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante, Héctor Becerra Cubillos en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ GABRIEL VENGOECHEA JARAMILLO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ **«ARTÍCULO 13. APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

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

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

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



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JOSÉ GABRIEL VENGOECHEA JARAMILLO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, así como de sus traslados posteriores; en consecuencia, pretende se disponga que las cosas vuelvan a su estado anterior, y se ordene su retorno automático al RPM administrado por Colpensiones; se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación atendiendo la nulidad de las afiliaciones; se ordene a los fondos privados demandados la devolución a Colpensiones de todos los valores que hubieren recibido en condición de administradoras del RAIS; se condene a las demandadas a todo aquello que pueda resultar acreditado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 1 a 4 archivo 02 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 11 archivo 02 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 24 de julio de 1965, y estuvo afiliado al otrora ISS desde el año 1995 donde cotizó 332.57 semanas. Que en el mes de noviembre de 2001 suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., trasladándose así al RAIS, toda vez que el asesor le aseguró que contaba con mayores beneficios y garantías, que podría acceder a una pensión en fecha



anterior a la prevista por el entonces ISS, que la cuantía de la pensión sería muy superior a la del RPM, a más que le informaron que el ISS sería reformado advirtiéndole múltiples riesgos. Sostiene que el asesor de Porvenir S.A. omitió advertirle sobre su expectativa pensional, aportes voluntarios, las implicaciones de su traslado de régimen, capital mínimo requerido, modalidades pensionales existentes en el RAIS. Añade que, por los mismos móviles equivocados, se afilió en el año 2011 a Skandia S.A., cuyos asesores le aseguraron que contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, in embargo, omitieron realizar una proyección pensional e informarle de manera clara y puntual las modalidades pensionales del RAIS. 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 Colpensiones, acotando que a la fecha no recibido respuesta por parte de Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

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 6 a 17 archivo 08 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a la totalidad de las pretensiones, declaraciones y condenas formuladas en la demanda, al considerar en esencia que la afiliación realizada por la parte demandante con Porvenir en el año 2001, fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido asesorado amplia y suficientemente acerca de las características y condiciones pensionales del Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 114 de la normatividad *ejusdem*, cumpliendo con los requisitos esenciales del acto jurídico establecidos en el Código Civil en los artículos 1502 y siguientes, al no existir vicios en el consentimiento, causa y objeto ilícito, por lo anterior, considera válido en los términos del artículo 60 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica (Folios 1 a 34 archivo 06 del expediente digital).



Por su parte, 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, el actor al estar afiliado previamente a otros fondos, ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante que pertenecen al mismo régimen pensional. Añade que, de acuerdo con la ley, la selección de régimen del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó el demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al Régimen de Prima Media administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales; actos de relacionamiento; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen; el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; 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 si quiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; prescripción; buena fe; genérica (Folios 9 a 26 Archivo 11 del expediente digital).



A su turno, 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 que efectuó el traslado de régimen, como primera AFP que intervino en la vinculación al RAIS de la parte actora. Sostiene que la aseguradora previsional es ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado, dado que el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin que en el clausulado se hubiese acordado o hubiese sido objeto del contrato, las pensiones de vejez, así como las incidencias que ellas generaran. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción, innominada o genérica (Folios 1 a 12 archivo 18 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 6 de junio de 2022, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el actor del RPM al RAIS, acaecido el 28 de septiembre de 2001, mediante su afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A.; **condenar** a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional del actor; **condenar** a las demandadas AFP Porvenir y Skandia a devolver a



Colpensiones todos los valores que hubieren 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 frutos intereses de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil, junto con los rendimientos que se hubieren causado, precisando que Porvenir S.A. no deberá devolver las sumas que ya haya trasladado a Skandia y que se encontraban en la cuenta de ahorro individual en virtud de la afiliación que realizó el demandante en traslado de AFP; **condenar** a Colpensiones a aceptar todos los valores que devuelvan las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor; **condenar** en costas en esta instancia a cargo de las demandadas Porvenir y Skandia S.A.; **absolver** a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra en el llamamiento en garantía por parte de Skandia S.A. (Audio carpeta 29 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que el actor al 1º de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicios para retronar al RPM en cualquier tiempo, conforme a los parámetros definidos por la Corte Constitucional; sin embargo, al dilucidarse el asunto a la luz de la ineficacia de su traslado, se tiene 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.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, por considerar en esencia que, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el formulario de afiliación es un requisito para la existencia y validez del contrato, el cual da a entender la aceptación de todas las condiciones del régimen pensional. En ese sentido, afirma que, al ser un documento que se presume auténtico en los términos del artículo 243 del Código General del Proceso, se acredita el cumplimiento de todas las obligaciones a cargo de Porvenir, como lo es el deber de información. Agrega que, el artículo 271 de la Ley 100 señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social, situaciones que no se lograron acreditar en el curso del presente proceso.

De forma subsidiaria, solicita que, en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, se absuelva al fondo de devolver lo descontado por concepto de comisiones y gastos de administración, toda vez que corresponden a la buena administración que se ejercía sobre el capital de la cuenta individual del actor. En adición, sostiene que, de ordenar el traslado de dichos gastos a Colpensiones, se configuraría un enriquecimiento sin causa, en la medida que no existe norma que



disponga tal devolución, a más que no se encuentra contenido en el artículo 113 literal B de la Ley 100 de 1993, en cuyo texto consagra cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen. Añade que, se desconoce lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100, puesto que, en caso de que el demandante hubiera permanecido afiliado al RPM, igualmente hubieran generado descuentos de la cotización para financiar los gastos de administración, los cuales no forman parte integral de la pensión de vejez y, por ende, están sujetos a la prescripción.

A su turno, la demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, interpuso recurso de apelación contra la anterior determinación, al considerar en esencia que los conceptos de gastos de administración no se encuentran contenidos en el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, el cual señala de manera taxativa cuáles son esos emolumentos que deben devolverse cuando opera un traslado del RAIS al RPM. Agrega que, dicha norma guarda una relación armónica no solamente con el artículo 20 de la Ley 100 que consagra una destinación específica a estos gastos de administración, sino también con los diferentes conceptos emitidos por los entes de control, como la Superintendencia Financiera, quien ha conceptuado que en este tipo de procesos no deben trasladarse los gastos de administración, dado que ello no se encuentra consagrado de manera taxativa en la norma citada. Así mismo, presenta oposición frente a la indexación, teniendo en cuenta los fallos proferidos por el Tribunal Superior de Cali, que han revocado sentencias de primera instancia cuando ordenan esa actualización, por considerar que, al



ordenar gastos de administración y rendimientos, se estaría compensando la devaluación monetaria que se hubiese presentado, caso en el cual tiene cabida la figura de la compensación. Concluye afirmando que los gastos de administración son derechos crediticios, que se encuentran afectados por la prescripción.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, al considerar en síntesis que la sentencia de primer grado es contraria a la ley, dado que el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición de la Ley 797 de 2003, que consagra que los afiliados no pueden realizar un traslado cuando les faltaren menos de 10 años para adquirir su estatus pensional. Añade que, el demandante ejerció su derecho de manera libre y voluntaria a escoger el régimen pensional, el cual se encuentra consagrado en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como se manifiesta dentro del proceso, a más que el formulario se firmó de manera libre y voluntaria, librándolo de cualquier vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo).

A su turno, la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**, interpuso recurso de alzada parcial 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 esta 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, siendo procedente la condena en costas a su favor.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los extremos procesales allegaron sus alegaciones finales.

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 82 a 86 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 JOSÉ GABRIEL VENGOECHEA JARAMILLO al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy 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, documento de identificación del accionante (fl. 67 archivo 02 del expediente digital), registro civil de nacimiento (fl. 68 archivo 02 del expediente digital), reporte de semanas cotizadas en Colpensiones (fls. 69 a 73 archivo 02 del expediente digital), historia laboral emanada de Skandia S.A. (fls. 76 a 81 archivo 02 del expediente digital), derecho de petición elevado ante Colpensiones con su respectiva respuesta (fls. 82 a 94 archivo 02 del expediente digital), derecho de petición elevado ante Skandia S.A. (fls. 95 a 99 archivo 02 y 58 a 61 archivo 11 del expediente digital), cálculo actuarial (fls. 109 a 116 archivo 02 del expediente digital), certificado de afiliación emanado de Porvenir S.A. (fl. 65 archivo 06 del expediente digital), formulario de vinculación emanado de Horizonte hoy Porvenir (fl. 66 archivo 06 del expediente digital), historia laboral emanada de Porvenir S.A. (fls. 67 a 69 archivo 06 del expediente digital), formulario de afiliación emanado de Skandia S.A. (fl. 28 archivo 11 del expediente digital), historia laboral expedido de Skandia S.A. (fls. 29 a 35 archivo 11 del expediente digital), estado de cuenta emitido de Skandia S.A. (fls. 37 a 49 archivo 11 del expediente digital), historia laboral válida para bono pensional (fls. 51



a 55 archivo 11 del expediente digital), respuesta de Skandia al derecho de petición del accionante (fls. 65 a 67 archivo 11 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio carpeta 26 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, 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.° 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.° 016 de 2016. El deber de doble asesoría

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

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



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

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

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

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

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

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

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

En particular, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán poner a disposición de sus afiliados herramientas financieras que les permitan conocer las consecuencias de su traslado al Régimen de Prima Media, así mismo deben suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de: las condiciones de su afiliación al régimen, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

08202100040 01 24

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de 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 vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de febrero de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2001, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 69 a 70 archivo 02 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. en fecha 28 de septiembre de 2001 (fl. 66 archivo 06 del expediente digital); por último, se vinculó a Skandia S.A. en fecha 07 de marzo de 2011 (fl. 28 archivo 11 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 Horizonte hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, 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. 66 archivo 06 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 *«(...) en el año 2001 trabajaba en una compañía en Bucaramanga, lo que recuerdo es que fue individual con un asesor de Porvenir. (...) me acuerdo que yo me reuní con una persona que me indicó que era mucho más rentable o era mucho más interesante estar en un fondo privado que en el que yo estaba, y siendo así yo me reuní con ella, una reunión muy breve, y simplemente firmé un documento de traslado de afiliación. (...) en ese momento había un auge de pensiones voluntarias y tal vez eso me llevó a simplemente tomar la decisión equívoca que tomé. (...)»* (Archivo de audio carpeta 26 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 Horizonte 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 entidades 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 comisiones, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de las demandadas Porvenir S.A. y Skandia, 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 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, debidamente indexados, dada la devaluación del dinero, la cual no se suple con los rendimientos financieros, contrario a lo advertido por Skandia, porque tales emolumentos constituyen conceptos diferentes.

No obstante, en el *sub examine*, una vez revisada la decisión de instancia, no se advierte que esta incluya de manera expresa los conceptos de descuento para el fondo de garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, a cargo de todas las AFP de manera indexada y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.



Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto que define el grado jurisdiccional de consulta, como: *“un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus”*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

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 en la alzada, 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

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 costas a cargo de Skandia y a favor de Mapfre, pues es claro que el llamamiento en garantía formulado por Skandia S.A. se resolvió de manera desfavorable a sus intereses porque este no prosperó, de lo que emana una decisión en su contra sobre este aspecto.



Motivo por el cual se adicionará la decisión proferida en primera instancia, en los términos anotados. En esta segunda instancia, costas a cargo de la AFP Provenir S.A., AFP Skandia S.A. y Colpensiones, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Octavo (8º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 06 de junio de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas AFP Porvenir S.A. y a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, los descuentos realizados para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, debidamente indexados, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

08202100040 01 36

TERCERO: COSTAS. ADICIONAR la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en el sentido de condenar en costas a Skandia S.A. y a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., fíjense en primera instancia. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Porvenir S.A. y la AFP Skandia S.A. a favor del actor, 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

08202100040 01 37

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS FERNANDO GAVIRIA ACUÑA** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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,

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta a la abogada María Alejandra Barragán Coava, identificada con C.C. No. 1.063.300.940 de Montelibano y portadora de la T.P. No. 305.329

¹ «Artículo 13. **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»



expedida por el C. S. de la Judicatura, conforme a la documental allegada vía correo electrónico.

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor LUIS FERNANDO GAVIRIA ACUÑA por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia del vicio del consentimiento al inducirlo en error al momento de afiliarse a Colfondos; que se declare que continúa afiliado al Régimen de Prima Media y Colfondos debe devolver los aportes a favor de Colpensiones y a esta a recibir al demandante.

Consecuencia de lo anterior, se condene a Colfondos y se obligue a efectuar nula, inválida o ineficaz el formulario de afiliación y continúa afiliado al RPM, a reconocer los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 100 a 101 del archivo A1 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 22 de febrero de 1958; que estuvo afiliado a Colpensiones desde 1980 y hasta enero de 1996; que en la empresa donde laboraba, fue visitado en el año 1995 por un promotor de Colfondos; que fue inducido a realizar el traslado de régimen, asegurándose que se quedaría de pensión si no se trasladaba dada la inminente desaparición del Seguro Social y que entre más se demorara en trasladarse, más dinero perdía; que solo le informaron que obtendría una mesada superior a la que devengaría en el seguro; que no le fue suministrada la información



idónea para adoptar la decisión de trasladarse; que, de acuerdo a las proyecciones pensionales, la mesada pensional resulta superior en Colpensiones; que el 10 de julio de 2019; que el 26 de julio de 2019 se resolvió en forma desfavorable su pedimento; que, el 30 de julio de 2019 solicitó la nulidad de traslado a Colpensiones, pero no fue atendido su pedimento en forma positiva.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la afiliación efectuada por el demandante contaba con validez, al existir soporte de la afiliación y las cotizaciones realizadas a dicho fondo. Como medios **exceptivos**, propuso las de, cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de la entidad, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 Constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (archivo A3 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al estimar que el traslado se efectuó en virtud del derecho de libre escogencia, después de brindar asesoría integral y completa respecto a las implicaciones del traslado. Como **Excepciones**, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción



de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (archivo A4 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de abril de 2022, resolvió; **declaró** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante; **condenó** a Colfondos a trasladar a favor de Colpensiones, los conceptos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, sin descontar cuotas de administración y comisiones; **condenó** a Colpensiones a recibir los valores trasladados de Colfondos; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Colfondos; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...En tal sentido, al analizar las pruebas recaudadas en este trámite encuentra el despacho que las mismas no permiten establecer que Colfondos al momento del tránsito al RAIS, efectuado en el año 95 le hubiere indicado al actor las características, ventajas y desventajas, objetivos de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, pues como se indicó anteriormente, para demostrar el cumplimiento del deber de información, no basta con la manifestación que quedó plasmada en el texto preimpreso del formulario y tampoco con el conocimiento previo y general que tenía el actor sobre los requerimientos para acceder a una pensión de vejez en el régimen de prima media, porque lo cierto es que no se constata que el fondo privado le haya suministrado los actos necesarios para que él alcanzara el entendimiento sobre las diferencias de cada régimen. De tal manera se tiene que, las anteriores circunstancias, de acuerdo con lo indicado en la jurisprudencia, pidieron que el usuario contara con elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses que resultaba más benéfico en su causa y de ese modo expresar su voluntad de manera informal...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **COLPENSIONES**, solicita se revoque la sentencia, al estimar que no se está en presencia de un vicio de consentimiento, al no ser acreditado este durante el trámite del proceso; por otro lado,



estima que, el demandante debía informarse respecto al traslado que iba a materializar.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de Colpensiones allegó alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 34 del archivo A1 del expediente digital y frente a la cual la entidad resolvió en forma desfavorable la solicitud de traslado el 31 de julio de 2019 (fl. 46 del archivo A1).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la parte demandada en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de



Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Luis Fernando Gaviria Acuña al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula del demandante (fl. 4 archivo A1); resumen historia laboral emitido por Colfondos (fl. 7 archivo A1); reclamación del bono pensional (fl. 8 archivo A1); historia laboral emitida por Colfondos (fl. 9 archivo



A1); extracto de fondo de pensiones obligatorias (fl. 16 archivo A1); precálculo de pensión (fl. 17 archivo A1); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 17 y 143 archivo A1); petición ante Colfondos (fl. 24 archivo A1); respuesta de Colfondos a solicitud (fl. 30 archivo A1); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 33 archivo A1 y fl. 24 del archivo A4); petición incoada a Colpensiones (fl. 34 archivo A1); respuesta de Colpensiones a solicitud (fl. 46 archivo A1); certificado SIAFP (fl. 22 archivo A4); expediente administrativo allegado por Colpensiones (archivo 02).

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

«... la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las



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

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

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

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

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

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

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

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



organismos e instituciones del sistema de seguridad social, son susceptibles de multas, sin perjuicio de la ineficacia de la afiliación.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

En tal sentido, el párrafo 1.º del artículo 2.º de la Ley 1748 de 2014, adicionó al artículo 9.º de la Ley 1328 de 2009, el derecho de los clientes interesados en



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de marzo de 1980 al 31 de enero de 1996, tal como se advierte de la historia laboral allegada por las partes que obra en el expediente



digital, para luego trasladarse a la AFP Colfondos el 30 de diciembre de 1995 (fl. 33 del archivo A1 y fl. 24 del archivo A4 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 Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que, trabaja en una empresa multinacional y en la oficina de Bogotá, llegó un grupo de vendedores dando las explicaciones de la finalización del Seguro Social y que era mejor trasladarse al fondo privado, frente a los aportes que tenía en el RPM, le dijeron que pasaba al otro fondo y seguía igual, sin embargo, la asesoría no duró más de 15 minutos.

De los rendimientos financieros, se enteró aproximadamente tres o cuatro años antes, pero, al momento del traslado no le dijeron nada y fue a Colfondos y allí le realizaron una proyección de su mesada pensional.



El traslado de fondo, fue efectuado en forma libre, pero no tenía la información verídica para adoptar tal determinación.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante y 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 Colfondos 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 la demandada, 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.

En tal aspecto, se debe precisar que tal decisión se encuentra acorde con lo enseñado por 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 y 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, esta Sala considera que en lo tocante a los gastos de administración primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debe precisarse que, la condena o devolución de estos conceptos, surgen como 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, debidamente indexados, y con cargo a sus procesos recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual², siendo procedente adicionar la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*», por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

² Sentencia CSJ SL 1055-2022



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 Colpensiones y a favor del 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.**, 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 Veinte (20°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS FERNANDO GAVIRÍA ACUÑA** contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación del demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y los rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.



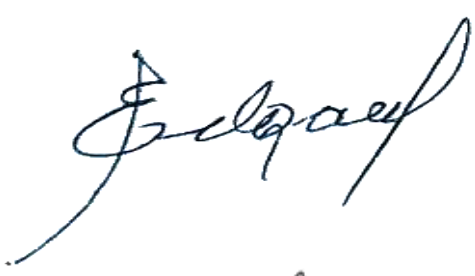
SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de reproche.

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, 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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor del demandante, en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a horizontal line. The signature is stylized with a large, looping initial 'E'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GUILLERMO ALFREDO RODRÍGUEZ HEREDÍA** CONTRA **TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio del año dos mil veintidós (2022), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con q integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos en la Ley 2213 de 2022¹; 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 GUILLERMO ALFREDO RODRÍGUEZ HEREDÍA, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria

¹ 1 «Artículo 13. **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»



laboral contra la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 28 de agosto de 2006 y el 6 de junio de 2017 y por ello, le es aplicable la Convención Colectiva suscrita entre la empresa y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. “SINTRAVALORES” y por ello se debe declarar ineficaz la cláusula que estipula el término fijo del contrato para ser reemplazada por el término indefinido; que se deben reconocer y pagar los emolumentos establecidos en la Convención Colectiva.

Consecuencia de lo anterior, solicita se condene al reconocimiento y pago de primas semestrales de junio, diciembre, vacaciones convencionales causadas durante la relación laboral; que se deben reliquidar las cesantías, de acuerdo a la Convención Colectiva; se pague la sanción por despido sin justa causa, indemnización extralegal contemplada en la convención colectiva; sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones, así como las costas y se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 243 a 247 de las diligencias, que en síntesis advierten que, la sociedad Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A., cambió su nombre y actualmente se llama Compañía Transportadora de Valores Prosegur Colombia S.A.; que fue contratado por la Compañía mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 28 de agosto de 2006 al 6 de junio de 2017; que el cargo desempeñado fue el de operador d control; que el último salario devengado fue de \$2.932.827; que fue vinculado por intermedio de las empresas intermediarias Seguridad Cosmos Ltda. y Emposer S.A.S., para desarrollar actividades de



Prosegur; que Prosegur y Emposer S.A.S., son empresas del grupo empresarial Thomas Greg & Sons; que, Seguridad Cosmos Ltda. y Emposer no son entidades autorizadas para suministrar personal en misión; que Prosegur durante el vínculo laboral le suministró uniformes, carné, armas; que prestó sus servicios en las instalaciones, locales y vehículos de Prosegur S.A.; que fue capacitado, supervisado, le fueron impuestos horarios, dirigió y recibió órdenes de Prosegur; que, la empresa tiene un sindicato de trabajadores; que le es aplicable la convención colectiva; que al contrato suscrito entre las partes se le debe aplicar el artículo 5 convencional; que se afilió al sindicato de trabajadores el 21 de febrero de 2017 y se comunicó tal determinación a la empresa; que le adeudan primas extralegales, vacaciones, bonificación de antigüedad, liquidación de prestaciones e intereses a las cesantías conforme al texto convencional; que el Ministerio de Trabajo sancionó a Prosegur por violar el artículo 5 de la convención; que le fue finalizado el contrato sin justa causa; que, le adeudan la indemnización extralegal por despido injusto y la reliquidación de cesantías de acuerdo a la Convención y sanción moratoria.

CONTESTACIÓN: La empresa **PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el demandante sostuvo un vínculo laboral fue con la empresa Emposer y posteriormente Seguridad Cosmos Ltda., pero no con esta sociedad. Como medios **exceptivos** propuso las de compensación, buena fe y prescripción (carpeta 002, archivo denominado “Respuesta demanda Guillermo Rodriguez”).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de



mayo de 2022, en el que, resolvió; **absolver** a Prosegur de todas las pretensiones incoadas por el demandante; **se abstuvo** de estudiar los medios exceptivos; **condenó** en costas al demandante.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Conforme a las pruebas que fueron practicadas es que este proceso, no se logra demostrar por la parte actora la prestación personal del servicio que alega como prestado directamente a Prosegur, por el contrario, las pruebas que fueron aportadas con la contestación y con la misma demanda, dan cuenta de que otras personas jurídicas fungieron como empleador y con comportamientos propiamente ajustados a este rol, el rol de empleador, como fue explicado respecto de las probanzas de contrato de trabajo y liquidación del mismo, entregas de dotaciones, también en lo que se refiere a capacitación, a capacitaciones que no solo se cuenta con las aportadas por la parte actora, sino por la demandada y que fueron brindadas por terceros y distintos a Prosegur de Colombia S.A., las cotizaciones a la seguridad social en pensión, así mismo, la misma carta y decisión de terminación del contrato de trabajo, realidades que efectivamente no fueron desvirtuadas dentro del proceso, así mismo lo que hace a las contrataciones aparentes, tampoco encuentra el Juzgado acreditadas las mismas, que, de manera tal y fehacientemente se pueda concluir que, existió empleadores aparentes como menciona la parte demandante, encabezadas en Cosmos Ltda., y Emposer SAS, que, pues en ese sentido, no logra por la parte actora demostrarse esa tercerización ilegal que alega o esa intermediación ilegal...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpone recurso de apelación, con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda, esto, al estimar que, se puede tomar parte de lo que dicen las fotografías, en las que se ve a la persona con un uniforme de la empresa y que este fue suministrado por la empresa, por tanto, presumir la prestación del servicio dentro de las instalaciones de la demandada, en aplicación del principio de buena fe, y de no tenerse como plena prueba, se puede tener como indicio; frente al pago de seguridad social, estima que es lógico que el actor



estuviera afiliado por otras empresas; que la convocada cambió su razón social en varias oportunidades, sin embargo, capacitó al actor frente a las funciones a desempeñar; la prestación del servicio se encuentra acreditada con los contratos de colaboración, que de la prueba testimonial se puede concluir que el servicio era prestado en Prosegur y recibía órdenes de los directores de Prosegur; que es la demandada quien debe desvirtuar la presunción legal; que la Ley establece las modalidades en las que se puede prestar el servicio de vigilancia; el hecho de abrir las puertas de la empresa convocada es una relación conexa y por tanto se desempeñaban labores conexas a la convoca a juicio; que el juzgado pudo determinar que Prosegur no podía contratar con Cosmos; que las contrataciones efectuadas con terceros, son fraudulentas; que las labores misionales no puede desempeñar labores en forma permanente; que no se tuvo en cuenta las pruebas recaudadas y la contestación de la demanda donde se confiesa la prestación del servicio y conforme a ello, no desvirtuó la prestación, pagando los salarios y prestaciones por intermedio de un tercero, ejerciendo una tercerización y desconocer los derechos a los trabajadores.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la demandada presentó alegaciones de instancia.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada elevado por la activa, 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 GUILLERMO ALFREDO RODRÍGUEZ HEREDÍA y la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A; de acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por las acreencias laborales reclamadas.

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.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte



reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexo 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*».

Resulta necesario que el demandado, a su turno, 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., advirtiéndolo que conforme a la Corporación 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, 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)

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, certificación laboral emitida por Seguridad Cosmos Ltda. (fl. 27 del archivo 01 del expediente digital); carta de terminación del contrato de trabajo (fl. 28 del archivo 01 del expediente digital); fotografías (fl. 29, 30 del archivo 01 del expediente digital); certificación



de cursos adelantados (fl. 31 a 32 del archivo 01 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 33 del archivo 01 del expediente digital); planilla de liquidación de salarios efectuada por Thomas seguridad, Emposer y Cosmos Ltda. (fl. 35 a 40 del archivo 01 del expediente digital); certificado emitido por Archivo Sindical (fl. 41 del archivo 01 del expediente digital); certificado de afiliación al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. – SINTRAVALORES (fl. 42 del archivo 01 del expediente digital); solicitud de información a Prosegur (fl. 43 del archivo 01 del expediente digital); Convención Colectiva de 2007 a 2009 (fl. 45 a 81 del archivo 01 del expediente digital); contrato de prestación de servicios independientes de escolta (fl. 127 a 135 del archivo 01 del expediente digital); Resolución No. 556 de 2013 y 354 de 2014 (fl. 136 a 147 del archivo 01 del expediente digital); sentencias judiciales (fl. 148 a 183 del archivo 01 del expediente digital y carpeta 3 del expediente digital, archivo denominado, liquidación final de prestaciones sociales); Escritura Pública No. 1931 del 9 de mayo de 2007 y No. 0286 del 9 de febrero de 2006 (fl. 184 y 237 a 239 del archivo 01 del expediente digital); extracto del acta No. 72 (fl. 206 del archivo 01 del expediente digital); extracto de acta correspondiente a la reunión extraordinaria de la Junta de Socios de la sociedad Emposer Ltda. (fl. 233 del archivo 01 del expediente digital); copia del carné de trabajador del demandante (fl. 240 del archivo 01 del expediente digital); Constancia de depósito y Convención Colectiva de 2015 a 2019 (carpeta 2 del expediente digital, archivo 9); formato de entrega de dotación (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo actas de entrega de dotación y archivo denominado entrega de uniformes sustitución emposer-cosmos); certificado emitido por Seguridad las Américas (carpeta 2 del expediente digital, denominado el archivo actas de entrega de dotación); autorización de retiro total de cesantías (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo autorización



retiro de cesantías); carné de identificado del demandante (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo carné de identificación); certificación emitida por Seguridad Cosmos Ltda. (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo certificación laboral); certificación laboral (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo constancia de capacitación (sic) medios tecnológicos y constancia de entrenamientos varios); contrato de colaboración empresarial suscrito entre compañía transportadora de valores Prosegur de Colombia S.A. y seguridad Cosmos Ltda. (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo contrato de colaboración Cosmos); contrato de prestación de servicios independientes de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego a suscribir entre Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A. y Emposer S.A. (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo contrato de OutS); contrato de trabajo celebrado entre Thomas Greg S.E. y el demandante (carpeta 2 del expediente digital, denominado, archivo contrato de trabajo); formato de selección diligenciado por el demandante (carpeta 2 del expediente digital, denominado el archivo documentos proceso de selección); estatutos del sindicato Sintravalores (carpeta 2 del expediente digital, denominado, estatutos sindicato sintravalores); liquidación de prestaciones sociales realizada por Seguridad Cosmos Ltda. el 30 de junio de 2017 (carpeta 3 del expediente digital, archivo denominado, liquidación final de prestaciones sociales); incremento salarial efectuado por Emposer (carpeta 3 del expediente digital, archivo denominado, notificación incremento salarial); otrosí suscrito entre el demandante y Emposer (carpeta 3 del expediente digital, archivo denominado, otro sí datos sensibles); pacto colectivo celebrado entre Prosegur y sus trabajadores (carpeta 3 del expediente digital, archivos denominados, PACTO COLECTIVO 2010 y PACTO COLECTIVO TRANSPORTADORA 2014-2019 (1)); presentación del pliego sintraprosegur (carpeta 3 del expediente digital, archivo



denominado, presentación del pliego sintraprosegur); carta de empresa Cosmos dirigiendo al demandante a examen de egreso (carpeta 3 del expediente digital, archivo denominado, remisión examen médico de egreso); respuesta a derecho de petición incoado por el demandante (carpeta 3 del expediente digital, archivo denominado, RESPUESTA PETICIÓN CASO RODRÍGUEZ HEREDÍA).

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexo 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*», atendiendo que el extremo pasivo adujo que, el demandante nunca sostuvo vinculación contractual alguna con la empresa y quien fungía como su empleador era la empresa EMPOSER y posteriormente SEGURIDAD COSMOS LTDA.

Corolario a ello, y con el propósito de resolver la anterior disquisición, preciso es advertir la ausencia de material probatorio documental, que conduzca a evidenciar aspectos concernientes a la construcción de la presunción legal.

Reprocha el apoderado de la parte actora, la falta de valoración probatoria dada a las fotografías allegadas como prueba, al estimar, que el demandante se encuentra en las instalaciones de Prosegur y ello, es un indicativo de la prestación del servicio, en este punto, debe precisar la Sala de Decisión que, en efecto, de acuerdo lo ha expuesto



la H. Corte Constitucional, las fotografías², son medios probatorios documentales o en su defecto indiciarios, que pueden construir una verdad, si con otros medios probatorios, se puede acreditar o corroborar la información que reposa en la foto, por lo tanto, no podían dejar de valorarse a la hora de proferirse la correspondiente sentencia.

Ahora, en lo que concierne a la declaración recepcionada a Christian Jaime Villar Villanueva, quien labora en Prosegur desde el año 2010, este informó en su oportunidad que, conoció Rodríguez Heredia cuando ingresó a laborar a la aludida empresa, que él se desempeñaba como operador de medios tecnológicos, encargándose de los accesos a la empresa, apertura de puertas y dependencias, así como las esclusas vehiculares.

Respecto a los extremos laborales, que pudo existir entre el señor Rodríguez y Prosegur, precisó que *“pues una vez yo hablé con él y me dijo que había ingresado a trabajar desde el año 2006, cuando yo ingresé él ya estaba ahí, pues, así no charlábamos mucho, pues, de pronto, cuando nos encontrábamos por ahí, lo veía uno que trabajaba en la empresa, porque se comunicaba con él, y pues uniformado igual a uno, los uniformes que uno mismo utilizaba, sabíamos que trabajábamos en la misma empresa”*, respecto al extremo final del vínculo laboral informó que, *“2017, me parece señor Juez, no estoy muy seguro, pero me parece que fue hasta 2017”* y al auscultarse sobre esa calenda, *“porque resulta que, después de que al señor lo despidieron él me llamó para que, me informó que iba a levantar un proceso, entonces, que si yo le podía servir de testigo, yo le dije que, qué había pasado, y me dijo que lo habían despedido...”*.

En lo tocante a la cercanía del lugar de trabajo entre él y el actor, este informó, que su servicio era prestado en el patio y el del señor Rodríguez

² Sentencia T-269-2012



era en unas consolas, en una zona restringida y se lo encontraba en forma ocasional en el patio, cuando salían a almorzar y conversaban, siendo tal acercamiento, sostenido por espacio de un año y medio, interregno de tiempo que duró en vigilancia, ya que, a partir del año 2011, fue ascendido a tripulación y pasó al área de carros y allí no tenía contacto directo con las personas de video.

Adicionalmente, frente al vínculo que ató a las partes, precisó que al verlo trabajando en Prosegur, estima que laboró para la empresa y por tanto de la nómina de esta, pero no sabe de la suscripción de contrato, ni desprendibles de pago, ni el salario que devengaba, pero dependiendo del turno que tuviera se encontraban; además, que, no sabe el motivo por el cual le terminaron el contrato de trabajo.

Agregando a su declaración, que para ingresar a las instalaciones de la empresa, portaban un carné de Prosegur y los uniformes que utilizaban eran entregados por ella; que el señor Rodríguez recibía órdenes del supervisor de seguridad de la sociedad, los señores Álvarez y Castellanos, cuando, estos le decían que abriera la puerta o revisara la esclusa por el radio – el cual era abierto para el equipo de seguridad-; sin embargo, no le consta, que le hubieren realizado llamados de atención o proceso disciplinario alguno y tampoco las funciones asignadas a un operador de medios tecnológicos.

La fuerza de los anteriores elementos de convicción, demuestran que, erró el juez de conocimiento, al no encontrar acreditada la prestación del servicio entre Guillermo Alfredo Rodríguez Heredia y Prosegur, ya que, con las fotografías y la declaración rendida por el señor Villar ello, se podía concluir ello.



Ahora bien, no pasa inadvertido esta Sala de Decisión que, al expediente digital fue allegada multiplicidad de documentos, por las partes en contienda, con las cuales se puede avizorar que, para el 28 de agosto de 2006, el señor Guillermo Rodríguez suscribió contrato de trabajo con la empresa, Thomas Greg S.E., en el que, se reseñó como objeto contractual en la cláusula primera que,

*“...**Objeto** EL TRABAJADOR se obliga a prestar e incorporar lealmente al servicio exclusivo de EL EMPLEADOR, en la ciudad de **BOGOTÁ** o en la que éste le indique, toda su capacidad normal de trabajo en el desempeño de las funciones propias, anexas, conexas y complementarias del cargo de **OPERADOR DE CONTROL**, de conformidad con lo que establece la Ley y este contrato, con los Reglamentos y procedimientos establecidos por EL EMPLEADOR y con las órdenes e instrucciones que el Patrono de modo particular le imparta. La Empresa podrá además asignarle cualquier otro cargo a EL TRABAJADOR, siempre que no implique desmejora en el salario, obligándose dicho trabajar a aceptar la designación”³*

Prohibiéndose en el aludido documento en la cláusula quinta, literal d *“...La ejecución por parte del TRABAJADOR de labores remuneradas al servicio de terceros, sin autorización del Patrono...”*, no obstante, no se tiene certeza de la fecha de terminación del aludido vínculo entre las partes o sustitución o cesión patronal a otra persona.

Ahora bien, se alega por el apelante, que el objeto del contrato celebrado entre Thomas Greg & Sons y Emposer era de escolta y vigilancia con armas de fuego y que el cargo desempeñado por el demandante, no era ni de escolta y mucho menos de vigilante, sin embargo, en este punto, no se pueden realizar mayores disquisiciones, ya que el contrato allegado, al expediente digital, data del año 2000 y no se tiene información en lo tocante a la prórroga del aludido convenio y mucho

³ Folio 27 del archivo 01 del expediente digital



menos se acredita que este afecte directamente el vínculo alegado por el aquí demandante, el cual, se itera, fue suscrito seis años después.

Pese a lo anterior, la empresa – Seguridad Cosmos Ltda., emitió certificado en el que informó que,

*“...el (a) señor(a) **RODRÍGUEZ HEREDIA**, (sic) **GUILLERMO ALFREDO**, identificado (a) con cédula de ciudadanía **79.979.173**, labora en nuestra compañía desde el **28 de agosto de 2006**, desempeñando el cargo de **OPERADOR DE CONTROL**, con contrato **A TERMINO INDEFINIDO**, con un salario básico fijo mensual de **\$1.626.000 M/CTE**, un promedio de **\$507.379 M/CTE**”⁴*

Conforme a ello, fue la misma empresa, Seguridad Cosmos, quien el 6 de junio de 2017, le terminó el contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa, tal y como da cuenta la misiva de fenecimiento del vínculo laboral (fl. 28 del archivo 01 del expediente digital).

Por otro lado, fueron allegados formatos de entrega de dotación, en los cuales, se puede avizorar que, la empresa EMPOSER entregó al convocante, dotación para los años, 2011, 2012, 2014, 2015 y la empresa Thomas Greg Seguridad Electrónica en el año 2009, 2010 (fl. 7, 9 y 10 archivo 2, documento, denominado actas de entrega de dotación); y en el 2009, recibió la dotación por parte de la sociedad Thomas Electronic (fl. 8 archivo 2, documento, denominado actas de entrega de dotación).

Agregando a este caudal probatorio que, la empresa Seguridad Cosmos, autorizó el retiro de las cesantías a favor del ex trabajador con oficio del 20 de junio de 2017 (documento, denominado autorización retiro del archivo 02).

En igual sentido, ocurre con el carné emitido al señor Rodríguez Heredia, pues si bien, el señor Villar, exteriorizó que para ingresar a las

⁴ Folio 27 del archivo 01 del expediente digital



instalaciones de Prosegur, se requería un carné o identificación, la convocada allegó copia del carné expedido al demandante, el cual vencía el 12 de febrero de 2017, en el que se señala, al demandante, como “*operador de medios tecnológicos*” y empleado de la empresa Emposer Ltda. (archivo 2, documento, denominado carné de identificación).

Adicionalmente, fueron allegados por el mismo demandante, desprendibles de nómina, emitidos por Thomas seguridad electrónica del año 2011, (Fl. 35 a 38 del archivo 01 del expediente digital), por Emposer para el año 2016 (fl. 39 del archivo 01 del expediente digital) y Seguridad Cosmos (fl. 40 del archivo 01 del expediente digital), en los que se corrobora la información expuesta en forma precedente.

Al unísono, se allegó no solo la carta de terminación del contrato sin justa, sino que, se aportó la liquidación de acreencias laborales elaborada por Seguridad Cosmos el 30 de junio de 2017, en el que, se itera, como fecha de ingreso a la empresa el 28 de agosto de 2006 y conforme a ello, emite citación a examen médico ocupacional de egreso el 20 de junio de 2017 (archivo 2, denominado, liquidación final y remisión examen médico de egreso).

Por si fuera poco, el actor, suscribió con EMPOSER Ltda., el 11 de marzo de 2015, adición al contrato, mediante otrosí, frente a propiedad de la información, acuerdo de confidencialidad y previsión comercial, tecnología e informática, propiedad de los trabajos, obligaciones y funciones de seguridad de la información, conocimiento y cumplimiento de políticas de seguridad de la información y reporte de incidentes de seguridad de información, es decir, dos años antes de que feneciera el vínculo contractual con Cosmos (archivo 02, documento denominado otro sí).



Es así como del estudio del caudal probatorio, se puede concluir que, la convocada a juicio logró destruir la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T.

Nótese que, las capacitaciones realizadas por el demandante, fueron efectuadas en diversos temas y diferentes períodos de tiempo, pero no, acreditan situación adicional.

Empero, si en gracia de discusión, se tuviera a Prosegur, como empleador del demandante, encontraría esta Sala de Decisión, que existe otro dislate, el cual no es otro, que, la ausencia de extremos temporales del vínculo, así como la habitualidad e intencionalidad diaria en su ejecución que permita efectuar el cálculo de las acreencias debidas, máxime que, el mismo señor Villar, indicó haber empezado a trabajar en Prosegur en el año 2010, fecha para la cual, el ex trabajador, ya se encontraba laborando en la empresa convocada, sin embargo, al indagársele sobre los extremos, señaló en forma clara el año 2006, situación, que en principio, riñe con la realidad, al no poderle constar tal afirmación, dada la anualidad en que empezó a prestar sus servicios en Prosegur.

Por otro lado, también señaló como extremo final del vínculo laboral el año 2017, arribando a esta conclusión por la llamada recibida por parte del ex trabajador, en dicha calenda, en donde le informaba su deseo de demandar a la compañía y que requería de su declaración en el trámite en la referida calenda, pero no, porque lo hubiese visto prestar sus servicios hasta dicha data.

Aunado a lo anterior, nótese que el señor Villar, informó que, la cercanía o conocimiento del servicio por parte del ex trabajador, se daba por su desempeño en el cargo de vigilante, pero cuando fue ascendido,



para ser parte de la tripulación de los automóviles de la sociedad (*año 2011*), este no permanecía en las instalaciones de la empresa, encontrándose en forma ocasional al demandante, situación que toma más fuerza, si el actor, prestaba sus servicios en turnos rotativos, que pudieron generar que no se encontraran el demandante y el deponente, por espacios prolongados de tiempo.

Luego entonces, se podría tener como extremo inicial el año 2010, sin embargo, en lo tocante, al extremo final, del vínculo, no se podría establecer el mismo, dado que el conocimiento del testigo, fue obtenido por el mismo demandante y tampoco se puede tener como fecha del finiquito, la estipulada en la carta de terminación del contrato, por cuanto, este documento proviene de un tercero ajeno al proceso.

Debe advertir esta Sala de Decisión, que si bien en los hechos de la demanda, se alega que el señor Rodríguez Heredia fue contratado por empresas intermediarias (Emposer S.A.S. y Seguridad Cosmos Ltda), para desarrollar actividades propias de Prosegur y las cuales, según su dicho, pertenecen al grupo Thomas Greg & Sons, lo cierto es que, dichas empresas no fueron convocadas al proceso y por tanto, no se puede entrar a discutir, si estas se encuentran o no autorizadas para suministrar personal en misión a otras compañías o si hacen parte de un grupo empresarial, o si son conexas con la llamada a juicio, pues, se itera, son terceros, no llamados al trámite litigioso.

De manera que, no queda otra solución al presente debate que la confirmación del fallo impartido por el *A Quo*, en tanto se desvirtuó la presunción de la relación laboral y adicional a ello, tampoco se encontrarían acreditados diáfananamente los extremos temporales, pues recuérdese que era deber de la parte que la alega, si quiera demostrar prueba que conduzca a corroborar los extremos temporales y la continuidad del servicio en tal interregno al tenor del artículo 167 del



Código General del Proceso aplicable por remisión analógica de que trata el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral, y sin que ello pueda entenderse suplido con la indicación esbozada por el testigo en el curso del litigio; por lo que habrá de confirmarse la decisión impartida por el A Quo.

COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de Prosegur.

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 Dieciséis (16°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 4 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GUILLERMO ALFREDO RODRÍGUEZ HEREDÍA** contra **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**

SEGUNDO: COSTAS. Serán a cargo de la parte demandante y a favor de Prosegur S.A.



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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de GUILLERMO ALFREDO RODRÍGUEZ HEREDÍA y a favor de la demandada en la suma de \$200.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **TARSICIO HUMBERTO LEÓN TORRES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y SKANDIA ADMINISTRADORA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 13. APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **TARSICIO HUMBERTO LEÓN TORRES**, por intermedio de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia o la nulidad del traslado efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., en el mes de septiembre de 1995, al igual que, la afiliación válida corresponde a la realizada al otrora ISS hoy Colpensiones; como consecuencia, condenar a la AFP Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS; ordenar a Colpensiones contabilizar para efectos de pensión sus semanas cotizadas en el RAIS; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 2 a 3 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folios 3 y 4 del expediente digital que en síntesis advierten, que nació el 22 de julio de 1964, motivo por el cual en la actualidad cuenta con 56 años. Refiere que comenzó a cotizar al otrora ISS desde el 3 de octubre de 1964; sin embargo, en el mes de septiembre de 1995 se afilió a la AFP Colfondos S.A., sin que fuera asesorado e informado de manera completa, veraz, clara, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, así como sus beneficios, ventajas e inconvenientes, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones. Refiere que en el mes de octubre de 1998 se trasladó a la AFP Davivir hoy Protección, y finalmente, en el mes de abril de 2003, se vinculó a la AFP Skandia. Aduce que según proyección efectuada, la mesada pensional en Colpensiones sería mayor a la que se le reconocería en el RAIS. Concluye indicando que solicitó ante las demandadas su traslado al RPM, lo cual le fue resuelto en sentido negativo por cada una de ellas.



CONTESTACIÓN: La demandada **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, al estimar que, el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación respecto Skandia, y dentro del contenido de la demanda no se establece cual es la naturaleza de la nulidad que pretende. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado 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 del RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fls. 175 a 190 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado de régimen pensional del demandante se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a Colfondos, tal como lo indicó en el acápite de hechos de la demanda, además, su situación ya se enmarca 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, e imposibilita a Colpensiones reactivar la afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados por el demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados 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, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la genérica (fls. 320 a 340 del expediente digital).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, al contestar la demanda no se opuso a las pretensiones de la demanda, además, manifestó que para la fecha del traslado no era obligación de los fondos de pensiones conservar prueba documental, más allá del formulario de afiliación, esto por cuanto la asesoría a los potenciales afiliados se realizaba de manera presencial y verbal. **Excepciones:** No formuló excepciones (fls. 374 a 379 del expediente digital).

Mediante auto del 23 de noviembre de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la vinculada **AFP PROTECCIÓN S.A.** (fl. 451 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 19 de mayo de 2022, profirió sentencia en la que resolvió **declarar** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de causal de nulidad y prescripción propuestas por las demandada; **declarar** que el traslado del demandante al RAIS administrado por Colfondos S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; **declarar** que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RPM, y que Colpensiones tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad; **ordenar** a la AFP Skandia S.A. trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la



vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dinero efectuados por las otras AFP, rendimientos financieros e intereses, obligándola además a devolver los gastos de administración, que en su momento descontó, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio; **ordenar** a las codemandadas Colfondos S.A. y Protección S.A. trasladar también los valores que en su momento descontaron a título de comisiones o gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por cada una de su patrimonio; **ordenar** a Colpensiones recibir el traslado de fondos que efectúen las demandadas y convalidarlos en la historia laboral del demandante para los efectos a que haya lugar en ese régimen pensional; **condenar** en costas a las convocadas (Archivo de audio fallo del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *a quo* que el actor al 1º de abril de 1994, no contaba con 15 años de servicios para retronar al RPM en cualquier tiempo, conforme a los parámetros definidos por la Corte Constitucional; sin embargo, al dilucidarse el asunto a la luz de la ineficacia de su traslado, se tiene 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.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **SKANDIA ADMINISTRADORA FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** formuló recurso de apelación contra la anterior determinación, aduciendo como motivos de disidencia que



no es procedente imponer condena por devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, por cuanto no se ha consolidado un reconocimiento por riesgo de invalidez o muerte, lo que no permite la remisión de sumas que cubren unas contingencias no materializadas; amén que tampoco hay lugar a remitir con destino a Colpensiones los gastos de administración porque estos no se encuentran taxativos dentro de los emolumentos que deben trasladarse durante la ocurrencia de una movilidad entre regímenes, según el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, pues en su texto solo se contemplan los aportes de la cuenta de ahorro individual y los dineros del fondo de garantía mínima, lo cual es coherente con lo previsto en la Ley 100 de 1993, misma que contempla la destinación del 3% del aporte a la administración de los recursos del demandante y al pago de las primas ya referenciadas, que fueron pagados a una aseguradora, por manera que la AFP ya no cuenta con los mismos.

A su turno, la apoderada de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** formuló recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que carece de visos de prosperidad la orden de remitir a Colpensiones las sumas correspondientes a gastos de administración, por cuanto las mismas se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, normativa que faculta a la AFP a descontar un valor sobre los aportes de los afiliados al Sistema General de Pensiones, que se efectúa en ambos regímenes pensionales, de manera que en el RPM también se hubiere deducido al actor de permanecer afiliado a este, con la diferencia que no hubiera obtenido los rendimientos financieros que sí se generan en el RAIS, los cuales se produjeron en el caso concreto mientras el actor estuvo vinculado a la AFP Protección, es por ello que la sociedad tiene derecho a conservar los gastos de administración, como una restitución mutua, a más que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual del



convocante y por ende, no cubren su mesada pensional. Así, refiere que su remisión a Colpensiones constituye un enriquecimiento sin causa a favor esta entidad, lo cual además, genera un perjuicio a la AFP por cuanto debe cubrir tales sumas con su propio patrimonio, siendo claro que la condena desborda la materia del litigio, en tanto en este no existe ninguna pretensión encaminada a obtener un reconocimiento de tal naturaleza.

Por su parte, el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación con el fin que se revoque la condena en costas que le fue impuesta, pues ha comparecido al proceso como codemandada, únicamente por tratarse de la entidad que actualmente administra el RPM, a más que se encontraba ante la imposibilidad de aceptar un traslado del actor por virtud de la ley, al encontrarse este inmerso dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por manera que es a través de una decisión judicial que le es posible a la entidad admitir al convocante como afiliado. Concluye indicando que, conforme a lo argumentos puestos de presente, tampoco es procedente una condena en costas en segunda instancia.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las entidades demandadas allegaron sus alegaciones finales.

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, con la solicitud radicada ante Colpensiones y su respuesta obrantes a folios 41 a 45 y 50 a 52 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*, 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 Protección y Skandia 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 las AFP Protección S.A., Skandia Pensiones y Cesantías S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, 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, documento de identificación del accionante (fl. 25), historia laboral emanada de la AFP Skandia (fls. 26 a 36y 207 a 217), derechos de petición formulados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 37 a 56, 242 a 248), estudio comparativo de pensión y hoja de vida de actuario (fls. 57 a 71), formulario de vinculación ante la AFP Skandia (fls. 206 y 253), estado de cuenta emitido por Skandia S.A. (fls. 218 a 238), historia laboral válida para bono pensional (fls. 239 a 241), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 366 a 370), historial de afiliaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 380 a 381), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio audiencia 18 de abril de 2022); probanzas de las cuales se colige, que el señor TARSICIO HUMBERTO LEÓN TORRES elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de octubre de 1984 hasta el 31 de agosto de 1995, tal como se advierte de la historia laboral emanada de Colpensiones (fl. 366 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A., el 31 de agosto de 1995, como da cuenta la información suministrada por la referida sociedad visible a folio 380 del expediente digital; además, desde el mes de octubre de 1998, se vinculó a la AFP Davivir hoy Protección S.A., conforme da cuenta la historia laboral visible a folio 209; finalmente, el 8 de marzo de 2003 se vinculó a la AFP Skandia (fl. 206); 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 el 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 TARSICIO HUMBERTO LEÓN TORRES; 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 surtir 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, 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 Skandia S.A., argumentando que dichos dineros fueron descontados a la parte activa por disposición de la Ley 100 de 1993, para financiar la administración de los aportes y solventar las pólizas que protegieron al demandante durante su afiliación.

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 las AFP recurrentes, 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, comisiones y sumas adicionales de la aseguradora, causados debidamente indexados dado la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

No obstante, en el *sub examine*, una vez revisada la decisión de instancia, no se advierte que esta incluya de manera expresa los conceptos de descuento para el fondo de garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, a cargo de todas las AFP y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto que define el grado jurisdiccional de consulta, como: “*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.



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 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 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, las AFP Protección S.A. y Skandia 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.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 19 de mayo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas AFP Colfondos S.A., Skandia S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, los descuentos realizados para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, debidamente indexados, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, 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, las AFP Protección S.A. y Skandia S.A., dado el resultado de la alzada.



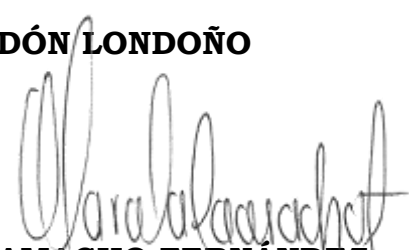
Si bien se fijó fecha y hora para le decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las AFP Protección S.A. y Skandia S.A., en la suma de \$600.000 para cada una.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ASSYS ANTONIO DONNEYS AGUDELO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y CRISTAR S.A.S.** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

SENTENCIA

DEMANDA: El señor ASSYS ANTONIO DONNEYS AGUDELO, solicita se declare que se encuentra amparado por el régimen de transición consagrado en el Decreto 1281 de 1994 y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

¹ «Artículo 13. **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»



Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión especial de vejez por exposición a sustancias cancerígenas, a partir del cumplimiento de los 46 años de edad, siendo dicha data el 22 de febrero de 2002, además a reconocer las mesadas causadas y la mesada adicional de junio y diciembre, así como a pagar los intereses moratorios, a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y las costas causadas en el proceso.

Como pretensiones subsidiarias reclama se condene al pago de intereses de mora a la tasa máxima legal determinada por la Superintendencia Financiera.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 6 a 7 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 22 de febrero de 1956, que cotizó al Régimen de Prima Media un total de 1973 semanas, de las cuales 1350 semanas fueron cotizadas en actividades de alto riesgo; que a partir del 22 de enero de 1992 y hasta julio de 2017 cotizó con la empresa Cristar S.A.S.; que a la fecha de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993 era beneficiario del régimen de transición; que mediante Resolución GNR 326399 de 2016 le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez; que contra dicho acto administrativo se interpusieron los recursos de Ley, los cuales fueron desatados en forma desfavorable; que, la empresa Cristar S.A.S certificó que su cargo en la empresa fue el de Inspector de Control de Calidad II, con exposición a sustancias cancerígenas; que la empresa utilizaba asbesto; que en el año 2018 le fue reconocida pensión de vejez; que el hecho que su empleador no hubiese pagado los aportes adicionales, es responsabilidad única y exclusiva de esta y no del trabajador.



CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que el demandante no acreditó los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y tampoco haber laborado en actividades de alto riesgo. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación – no acreditación de los requisitos previstos para ser beneficiario de la prestación económica, buena fe, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho contra instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones, innominada o genérica (fl. 269 archivo 01 del expediente digital).

En audiencia pública celebrada el 28 de octubre de 2020 el Juzgado de conocimiento, declaró probada la excepción de falta de integración de Litis consorcio necesario y consecuencia de ello, ordenó la vinculación de la empresa **CRISTAR S.A.S** (fl. 283 del archivo 01 del expediente digital).

La empresa **CRISTAR S.A.S**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al estimar que al demandante no le son aplicables las disposiciones contenidas en el Decreto 1281 de 1994 y tampoco el Decreto 758 de 1990, al no desarrollar el trabajador actividades de alto riesgo en el tiempo que estuvo al servicio de la empresa. Como **excepciones** propuso las de, inexistencia de la obligación, carencia de derecho, prescripción, cobro de lo no debido, compensación, buena fe y la genérica (archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA CRISTAR S.A.S...).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de diciembre de 2021, resolvió; **declarar** la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad Cristar S.A.S., entre el 22 de enero de 1990 y el 31 de agosto de 2018; **absolvió** a Colpensiones y a Cristar S.A.S., de las pretensiones incoadas en la demanda; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...en ese orden de ideas entiende el despacho que la parte demandante pretende hacerse acreedor al beneficio pensional de pensión especial de vejez por haber ejercido actividades de alto riesgo, sin embargo, no aportó a las diligencias medio probatorio idóneo que satisfaga sus anhelos pues debe precisarse que la parte actora tenía la carga de probar que efectivamente el actor y sus diferentes puestos de trabajo colocaba en alto riesgo su salud por la exposición de determinadas sustancias o condiciones esto pese a la documental reseñada en precedencia de la cual no puede la suscrita tomar como referente estudios o análisis realizados en la planta de Cogua, puesto que el demandante no ejerció sus labores en dicha planta por el contrario éstas fueron ejercidas en la planta de Buga - Valle del Cauca destacándose que por el contrario debía acreditarse la situación particular para cada planta puesto que cada una tiene una exposición diferente y una distribución distinta de los espacios de una forma diferente de hacer el trabajo por lo tanto no puede hacerse extensivo al presente caso, los estudios o informes aportados...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada del **demandante**, solicita se revoquen los numerales 2 y de 3 la sentencia, hincando su inconformidad en que no se desconocía que la convocada a juicio era una empresa de alto riesgo, sin embargo, ello no era óbice para que se reconociera la prestación económica reclamada, dado que, el actor sí estuvo expuesto a sustancias cancerígenas y con ello, estima que no fueron valoradas en debida



forma las pruebas recaudadas en el decurso procesal; por otro lado, que Cristar S.A.S y Cristalería Peldar son una unidad de empresa y por ello, los estudios acopiados son aplicables al presente caso; de las pruebas testimoniales señaló que estos no habían sido valorados en debida forma y que las declaraciones rendidas a favor de la demandada se encontraban preparados para los interrogantes que se plantearon y por ello, no deben gozar de credibilidad; que si bien el demandante tenía la carga de acreditar la exposición a sustancias cancerígenas, también era cierto que la empresa vinculada no desvirtuó tal afirmación; que al encontrarse acreditada la manipulación de asbesto en la empresa, también se podía colegir la exposición del actor, al desempeñarse en el área de hachas de la empresa; que en los cargos desempeñados por el actor, se estaba expuesto a altas temperaturas y a sustancias cancerígenas, máxime que debía acudir a todas las dependencias de la empresa sin un elemento de protección que disminuyera su exposición a este tipo de sustancias.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 los extremos procesales presentaron alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

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 lo dispuesto en la Resolución GNR 326399 del 1 de noviembre de 2016, en el que se precisa, que el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez especial por actividad de alto riesgo el 16 de agosto de 2016 (fl. 63 archivo 01 del expediente digital), la cual fue desatada por la entidad en forma desfavorable.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgado de primera instancia, el recurso de apelación incoado por la apoderada del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si el libelista es beneficiario de la pensión especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo junto con el respectivo retroactivo pensional y los intereses moratorios a que haya lugar.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ – ALTO RIESGO

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., en especial, la copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 59 del archivo 01 del expediente digital); copia de la Resolución No. GNR 326399 del 2016, GNR 39714 de 2017 y DIR 2979 del 2017 (fl. 62 a 95 del archivo 01 del expediente digital); certificación emitida por el Gerente de Recursos Humanos de Cristar (fl. 96 del archivo 01 del expediente digital); recomendación del uso de mascarilla para el personal que trabaja con asbesto (fl. 97 del archivo 01 del expediente digital); certificación emitida por la ARL Liberty (fl. 98 del archivo 01



del expediente digital); estudio ambiental de polvo de febrero de 1988 de la empresa Peldar (fl. 99 del archivo 01 del expediente digital); estudio de polvo de la empresa Peldar en la planta Cogua de 1992, 1994 (fl. 102 a 149 del archivo 01 del expediente digital); informe de evaluaciones ambientales de material particulado de la empresa Peldar en la planta de Zipaquirá y Cogua del año 1996 y 2001 respectivamente (fl. 150 a 171 y 172 a 199 del archivo 01 del expediente digital); dictámenes de Junta Regional de Calificación frente a terceros ajenos al proceso (fl. 200 a 223 del archivo 01 del expediente digital); copia del Decreto 1161 de 1994 (fl. 224 del archivo 01 del expediente digital); comunicación del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria del Vidrio y afines de Colombia – Sintravidricol – Seccional Cogua a la Sociedad de Medicina del Trabajo y su respectiva respuesta (fl. 231 a 237 del archivo 01 del expediente digital); monografía sobre evaluación de riesgos carcinogénicos de la Organización Mundial de la Salud (fl. 238 a 250 del archivo 01 del expediente digital); permiso de emisiones atmosféricas emitida por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR (fl. 251 del archivo 01 del expediente digital); historia laboral del demandante (archivo denominado CD FOLIO 260 MEMORIAL COLPENSIONES); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo denominado CD FOLIO 260 MEMORIAL COLPENSIONES); contrato de trabajo suscrito entre el demandante y la empresa Conalvidrios (fl. 1 del archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA, archivo PRUEBA 1.1_ 01 del expediente digital); comunicación del demandante a la empresa solicitando su desvinculación al sistema general de pensiones al ostentar la calidad de pensionado (fl. 1 del archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA, archivo PRUEBA 1.2_ del expediente digital); copia de la Resolución SUB 71950 del 15 de marzo de 2018, por medio del cual se reconoció la pensión de vejez al actor (fl. 3 del archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA,



archivo PRUEBA 1.2_ del expediente digital); renuncia del demandante (fl. 1 del archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA, archivo PRUEBA 1.3_ del expediente digital); comprobante de liquidación de contrato de trabajo del actor (fl. 1 del archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA, archivo PRUEBA 1.4_ del expediente digital); historia ocupacional del demandante (fl. 1 del archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA, archivo PRUEBA 1.5_ del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que ASSYS ANTONIO DONNEYS AGUDELO nació el 22° de febrero de 1956 (fl. 59 del archivo 01 del expediente digital); que el demandante cotizó al otrora Instituto de Seguros Sociales por el lapso del 17 de enero de 1977 al 30 de abril de 2018 un total de 2055 semanas y, que laboró a órdenes de CRISTAR S.A.S a partir del 1 de julio de 1996 hasta el 1° de abril de 2018 y que no es beneficiario del régimen de transición, supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

I. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La pensión peticionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer Assys Antonio Donneys Agudelo actividades de alto riesgo en el despliegue personal de sus servicios.

Para resolver el *sub judice*, esta Colegiatura considera necesario establecer en primer término, los regímenes legales anteriores, recordando que en tratándose de las pensiones especiales de vejez por alto riesgo para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, fueron establecidos en una primera oportunidad por el art. 15 del Acuerdo 049 de 1990, al indicar que la edad de pensión de vejez, sería disminuida para los trabajadores que laboraran en labores que



implicaran exposición a altas temperaturas u operaran sustancias comprobadamente cancerígenas según los literales b) y d) del artículo en mención.

Con posterioridad a esta norma y, en sustento del numeral 2° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, en especial el Decreto 1266 de 1994 que concedió las facultades extraordinarias al Presidente de la República, se profirió el Decreto 1281 de 1994 que determinó en su artículo 1° cuales serían las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, entre ellas, nuevamente, los trabajos que implicaran exposición a altas temperaturas y a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Ahora, con posterioridad y de igual manera, bajo el uso de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador en la Ley 797 de 2003, se profirió el Decreto 2090 de 2003 mediante el cual se establecieron nuevas pautas para el estudio de la pensión especial de vejez y que se encuentra vigente, indicando en su artículo 6° las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, que lo sería el Acuerdo 049 de 1990 dada la derogatoria expresa del Decreto 1281 de 1994 en el artículo 11 del Decreto 2090², transición prevista así «Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos **500 semanas de cotización especial**, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo. PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003» (Resalta de la Sala).

² **Artículo 11. Vigencia y derogatorias.** El presente decreto regirá a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias, en particular, el artículo 168 del Decreto 407 de 1994, los Decretos 1281, 1835, 1837 y el artículo 5° del Decreto 691 de 1994, el Decreto 1388 y el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 y el Decreto 1548 de 1998.



Así, con el objetivo de establecer si el accionante es beneficiario de la transición y concretar la densidad de semanas especiales, sea preciso corroborar *liminarmente* si en el ejercicio de las actividades laborales se vio inmerso en las prescripciones de la norma, a saber, la prestación del servicio con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

Al punto, de un estudio integro de los medios probatorios militantes al plenario, dimana evidente que el accionante no se encuentra cobijado por los apremios de la norma, por los argumentos que se pasan a exponer.

En primer lugar, alega la parte actora como indebidamente apreciada la documental acopiada a folio 80 del cartulario, correspondiendo, dicho documento al folio 96 del archivo 01 del expediente digital, correspondiente a una certificación laboral emitida por el Gerente de Recursos Humanos y la cual señala:

*«...Que el señor **ASSYS ANTONIO DONNEYS AGUDELO** identificado con la cédula de ciudadanía N° 2.690.858, ingreso a la Compañía Nacional de Vidrios S.A. en Enero 22 de 1990 como Selector Categoría III, paso a Inspector Control Calidad II el 08 de Octubre de 1990, paso a Inspector de Calidad en Abril 8 de 1996, Paso a Inspector de Calidad II el 1 de Abril de 1996, en Mayo 19 de 1997 paso a ser Auxiliar de Metrología, actividad que desempeña actualmente...».*

Sin embargo, de la misiva que se considera como indebidamente apreciada, no se puede concluir con certeza que, el demandante hubiese sido expuesto a sustancias altamente cancerígenas.

En lo referente a la recomendación del uso de mascarilla protectora para el manejo de asbesto emitida en Cogua de 1987, es decir, para



una empresa o sucursal ajena a la convocada a juicio, pues recuérdese que el actor prestó sus servicios en la planta de Buga – Valle del Cauca.

Estudiando la historia ocupacional del actor acopiada al expediente digital³, se tiene que, las funciones desplegadas por el demandante en los diferentes cargos desempeñados en la empresa Cristar S.A.S, se circunscribían entre otras, a;

- “1. Recibir y entregar adecuadamente el turno de trabajo.*
- 2. Revisar los envases de vidrio*
- 3. Rechazar la producción defectuosa*
- 4. Empacar los envases de vidrio en su respectivo empaque*
- 5. Informar a sus superiores los defectos encontrados en la producción”*

Como inspector de calidad debía,

- “1. Auditar la calidad de las obras de cristalería en las líneas de producción y determinar si es apta para despacharla, mediante muestreo y medición de variables; retroalimentar en el proceso a todo el personal responsable sobre el estado de la producción; para garantizarle al cliente un producto conforme y una buena productividad a la compañía.*
- 2. Dar visto bueno a la producción y determinar la conformidad de los requisitos de los Clientes.*
- 3. Dar manejo a producto no conforme con su adecuada identificación. Debe dar visto bueno a la producción una vez reseleccionada o haber pasada las pruebas requeridas y/o muestreos que determinen su conformidad.*
- 4. Auditar el cumplimiento de especificaciones respecto a la hoja técnica de la producción en cada punta de archa de línea correspondiente y verificar y acompañar su rechazo o aislamiento antes del proceso de empaque.*
- 5. Auditar los tratamientos superficiales de las líneas.*
- 6. Realizar auditorías sobre el funcionamiento de los equipos de inspección automática.*
- 7. Ser un líder en las prácticas o recomendaciones para el no deterioro en manufactura de la calidad del producto BMP.*

³ Archivo denominado CD. FOLIO 275 CONTESTACIÓN DEMANDA CRISTAR S.A. LITIS CONSORCIO PRUEBA 1.5_



8. Dejar producción para revisión 100% cuando nuestro proceso de inspección y selección de defectos no ha sido eficiente y la producción empaca no cumple los AQL en su cantidad de defectos.”

Es así, como en el cargo de auxiliar de metrología o inspector de calidad, cumplía las siguientes funciones;

- “1. Desarrollar un programa de general de calibración para instrumentos y equipos de medición y ensayo, liderar el programa de calibración y verificación periódica de los mismos, garantizando que estos instrumentos cumplan con los parámetros establecidos y que los resultados se encuentren dentro de las tolerancias permitidas, según sus características, adicionalmente verificar en forma permanente el buen funcionamiento y las condiciones de estado de los equipos.*
- 2. Verificación y calibración de equipos de inspección, medición y ensayo.*
- 3. Mantenimiento de los patrones de medición y su respectiva trazabilidad.*
- 4. Verificación de las medidas a los calibradores y galgas, con su respectivo inventario.*
- 5. Auditar la calidad de las obras de cristalería en las líneas de producción y determinar si es apta para despacharla, mediante muestreo y medición de variables; retroalimentar en el proceso a todo el personal responsable sobre el estado de la producción; para garantizarle al cliente un producto conforme y una buena productividad de la compañía.*
- 6. Dar visto bueno a la producción y determinar la conformidad de los requisitos de los Clientes.*
- 7. Dar manejo a producto no conforme con su adecuada identificación. Debe dar visto bueno a la producción una vez reseleccionada o haber pasada las pruebas requeridas y/o muestreos que determinen su conformidad...”*

Por otro lado, del interrogatorio de parte recaudado al demandante y testimonios solicitados por los intervinientes litigiosos, se puede establecer con claridad lo siguiente.

El señor Donneys Agudelo, informó haber laborado en actividades de alto riesgo, iniciando sus servicios en el área de zona fría, después desplegó sus funciones como auxiliar de calidad, inspeccionando los productos y finalmente laboró como auxiliar de metrología, calibrando



los equipos de la planta; que la empresa le suministraba guantes y traje, tapones para los oídos, overol, pantalón, botas y gafas de protección dado que, los tapabocas se empezaron a usar como en el año 2000.

A su turno, Jesús María Acosta Gómez, quien trabajó desde julio de 1986 al 2016 en la empresa demandada, por eso tiene conocimiento que el actor fue selector, después auxiliar de calidad y luego, se desempeñó en el área de metrología; que las funciones desplegadas radicaban en revisar que los productos estuvieran en buen estado para luego empacarlos; que, además debía realizar aseo, por la polución que había y utilizaba para ello aire comprimido, pero ya para el año 2011 o 2012, ya no era permitido el uso de este elemento, agregando a su dicho que en el área de selección se utilizaba el asbesto como aislante para que no se reventara la producción.

En el cargo de auxiliar de calidad el demandante se encargaba de revisar tanto en el área de formación como en la zona fría los productos terminados, dando aval a los que se encontraran en óptimas condiciones y ya en el área de metrología tenía a su cargo vigilar los patrones que tenía la empresa para mantener la calidad en todas las áreas, viendo al señor Assis desarrollar sus labores en las áreas de calidad, formación, hornos, talleres, materias primas, báscula y en general el área que refiriera medición, siendo claro, que el tiempo para ejecutar esas labores era “*relativo*”, ya que esto dependía de las referencias que se estuvieran montando.

En cuanto a la manipulación de materias primas, informó que el actor, no las manejaba, ya que esto era función exclusiva del área de “*materias primas*” y el área de selección manipulaba productos terminados y en el área de formación se hacían las obras o las botellas.



Respecto a estudios de los puestos de trabajo, informó que la empresa hizo varios estudios a los trabajadores que se desempeñaban en el área de selección y de formación, pero esa información la tenía solo la empresa.

De la distribución de la empresa informó que el área de materias primas está aislada de las demás áreas de la empresa y el actor prestaba sus servicios en todas las áreas de la empresa.

A su turno, Ricardo Nupia, trabajó durante 39 años al servicio de la empresa Cristar, siendo compañero de trabajo del accionante, desde 1990, por eso le consta que éste prestó sus servicios en el área de selección, después pasó al área de control de calidad como auxiliar y finalmente en el área de metrología.

Las funciones desplegadas por el señor Donneys estaba seleccionar y empacar en unas cajas de cartón la producción, desechando el material que no se utilizaba, por medio de unas bandas que conectaban al área de materias primas, mediante un subterráneo, y en su sentir, las bandas que transportaban los productos rechazados tenían un recubrimiento de asbesto, ya que, al estar cerca al área de talleres, se podía dar cuenta que, le era realizado el recubrimiento a estos elementos.

Adicionalmente, informó que, el actor debía realizar un recorrido a todas las áreas de la empresa – selección, talleres, recuperación de moldes, básculas de camiones, materias primas, hornos -, para el mantenimiento y calibración de los aparatos de medición y fue renuente a contestar frente a la manipulación de la materia prima por



parte del ex trabajador, pero estimó que estos elementos se impregnaban en los aparatos de medición por la polución.

Mario Vanegas Bedoya, quien trabaja en la empresa convocada hace más de 30 años, conoció al actor como selector, auxiliar de calidad y laborando en el área de metrología, pero que, el demandante no estaba expuesto a altas temperaturas y tampoco manipulaba sustancias químicas; que, en el área de calidad no había necesidad de usar aire comprimido.

A la hora de describir la planta, indicó que, la empresa tiene un área de recepción de materias primas, debidamente señalizada, una segunda área, que es de pesado y mezclado de las materias, otra área que es la de los hornos, donde se manejan temperaturas de 1500°C; en el área de zona fría, se selecciona y empaca el producto y se despacha a unas bodegas o al cliente, teniendo una sala de reparación, molduras y demás.

Los cargos de selector y de auxiliar de calidad se encuentran en la última área de producción y en su sentir, la distancia entre el área donde trabajaba el demandante y el área de materias primas es de 120 y 150 metros de distancia, que la labor consistía en verificar la calidad del producto para entregar y cuando se desempeñaba en las funciones de metrología debía ir al área de materias primas una vez al mes para verificar de las básculas que se utilizan para el pesaje y esto llevaba un tiempo estimado de 3 a 4 horas, estimando una distancia de 250 metros del área de metrología a materias primas.

La señora, Soledad Jimena Zúñiga, es la encargada de seguridad y salud de la planta de Buga – Valle del Cauca desde el año 2014, que sabe que el actor se desempeñaba en el área de calidad en zona fría y



en metrología, calibrando pesas y balanzas; señalando que en el área de selección no había riesgo con sustancias, aunque en el área de metrología el riesgo estaba en los vapores o en las altas temperaturas, pero no era una labor puntual o que dispensara la duración de ocho horas diarias.

El área de materia prima se encuentra en un edificio o sitio retirado, por lo que, la zona fría, a donde llega el producto terminado, no se tiene contacto con sustancias químicas, ni altas temperaturas, dado que, se revisa y empaca el producto.

En cuanto a estudios realizados por la empresa, señaló que para los inspectores de calidad y selectores se efectuaron estudios de ruido, iluminación y sustancias, concluyéndose que no existía riesgo en dicha labor, no teniendo claro, si para el área de metrología se hicieron estudios y tampoco, de la manipulación de aire comprimido por el ex trabajador.

Concluyéndose por parte de esta Sala de Decisión que, del interrogatorio de parte y testimonios recaudados en el decurso procesal, que las labores ejercidas por el demandante, fueron desplegadas en el área de selección, calidad y finalmente en el área de metrología, centrándose sus labores en la selección del producto en condiciones idóneas para su distribución y desecho del material defectuoso o en mal estado y posteriormente, en la revisión de maquinaria o equipos de la empresa, con el fin de que, estos estuvieran calibrados para su pesaje, evidenciándose que, estas últimas labores, no eran desarrolladas en forma permanente ni en el área de materia prima donde se conservaba o mantenían las sustancias altamente cancerígenas y mucho menos que manipulara asbesto u otra



sustancia, dado que, los productos manipulados se encontraban ya terminados.

Por otro lado, difiere esta Sala de Decisión, de los argumentos esgrimidos por la parte actora, en lo tocante a la admisibilidad de los estudios de ambiente de polvo, estudio de polvos totales y respirales, así como el estudio de polvo, ruido y temperaturas efectuado a la empresa Peldar en la planta de Cogua, el informe de evaluaciones ambientales de material particulado efectuado a la empresa Peldar S.A., en la planta de Zipaquirá, por el laboratorio de higiene industrial de Suratep⁴, pues el solo hecho que, Cristalería Peldar S.A., sea parte del Grupo empresarial Peldar y sea la empresa matriz y controlante, de Cristar S.A.S y tengan unidad de propósito y dirección, son personas jurídicas independientes, ejerciendo la empresa matriz, un control bien sea económico, financiero o administrativo, manteniendo la empresa controlada, su responsabilidad en decisiones financieras y operacionales, y tampoco se puede pasar inadvertido que la empresa subordinada en forma alguna, posee o tienen acciones de la controlante, concluyéndose de esta manera que, los estudios realizados a Peldar no pueden aplicarse a Cristar S.A.S y por ello, el reproche efectuado en este punto, no puede salir adelante.

Luego entonces, de las pruebas arrimadas al proceso, encuentra esta Colegiatura, que en ningún dislate jurídico incurrió la juez de conocimiento y en tal sentido se confirmará la decisión de primera instancia, al no encontrarse acreditadas las labores ejecutadas en actividades de alto riesgo por parte del señor Donneys Agudelo.

Al no salir adelante la pretensión de reconocimiento y pago de la pensión

⁴ Folio 99 a 184 del archivo 01 del expediente digital



de vejez por alto riesgo, tampoco es viable entrar a estudiar las demás peticiones incoadas en el libelo genitor.

COSTAS

En esta segunda instancia estarán a cargo del demandante y a favor de Colpensiones y de Cristar S.A.S.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de diciembre de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ASSYS ANTONIO DONEYES AGUDELO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y CRISTAR S.A.S.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta instancia se condena en costas al demandante y a favor de las demandadas.



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.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Assys Antonio Donneys Agudelo y a favor de Colpensiones y Cristar S.A.S en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000), a favor de cada una de las demandadas.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ESMERALDA GONZÁLEZ VILLAR** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones a Cindy Brillith Bautista Cárdenas, identificada con C.C. No. 1.022.361.225 de Bogotá y portadora de la T. P. No. 237.264

¹ 1 «Artículo 13. **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»



expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder de sustitución allegado vía correo electrónico.

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora ESMERALDA GONZÁLEZ VILLAR, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS y consecuencia de ello, la libertad de la demandante de retornar al RPM al declararse la nulidad de la afiliación a Porvenir.

Colofón de lo anterior, reclama se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada cotizante, se condene a Porvenir a liberar de sus bases de datos y devolver los valores recibidos de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos causados hasta que se haga efectivo su traslado al RPM, a pagar las costas causadas en el proceso y a reconocer los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 4 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 14 de noviembre de 1965; que empezó a cotizar el 5 de mayo de 1995 en el Instituto de Seguros Sociales; que el 5 de febrero de 2005 se trasladó a Colpatria hoy Porvenir; que el asesor del fondo privado le ofreció pensionarse a más temprana edad, que su mesada pensional sería más alta, se le indicó el capital requerido para pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia y retiro programado, además, que sus aportes se encontraban en riesgo ante la liquidación del Instituto de Seguros Sociales; que no se le indicó el monto de capital necesario para



que sus beneficiarios heredaran, tampoco el plazo que tenía para retornar al RPM, ni le fue efectuada una proyección de su mesada pensional; que el formulario de afiliación no contiene una información suficiente, clara y concisa para adoptar tal determinación; que la mesada pensional difiere entre uno y otro régimen en forma ostensible; que presentó reclamación el 23 de febrero de 2021, ante Colpensiones y Porvenir, pero esta fue resuelta en forma desfavorable por las dos entidades.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, su afiliación al RAIS es válido y la entidad no tuvo nada que ver con la decisión de traslado efectuada por el demandante. Como medios exceptivos propuso los de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe, innominada o genérica (archivo 15 del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el traslado se efectuó después de brindarse a la demandante la información clara, precisa veraz y suficiente para adoptar tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 3 del expediente digital).



DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 5 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir efectuado el 8 de febrero de 2005; declaró que la aseguradora de la demandante era Colpensiones; **ordenó** a Porvenir devolver las cotizaciones, rendimientos y bonos pensionales a Colpensiones; **condenó** en costas a Porvenir y Colpensiones **absolvió** de las demás pretensiones; **ordenó** la consulta de la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... No obstante con las pruebas allegadas por la misma, no fue posible por este despacho tener conocimiento si el asesoramiento prestado a la señora González al momento de efectuar su afiliación, fue bueno, adecuado, completo. No se señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar, el único contexto que tiene el juzgado sobre dicha circunstancia, está en la declaración o interrogatorio de parte absorbido (sic) por la señora González Villar en el día de hoy. Es escaso el material probatorio que se aportó para controvertir los hechos traídos a juicio y al no cumplir con esa carga que se tenía, debemos concluir que se faltó al deber de información y por ello, no le era permitido a Porvenir realizar el cambio de régimen pensional de la demandante...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **Porvenir S.A.**, sienta su oposición frente a la sentencia emitida, al estimar que, no se encuentra acreditado un dolo frente a la demandante, máxime que de acuerdo al formulario de afiliación e interrogatorio de parte rendido por la demandante, sí se le suministró información a la hora de efectuarse el traslado; que si existe vicio del consentimiento, este se encuentra saneado, luego entonces, no se puede hablar de una ineficacia de traslado; por otro lado, existe una omisión de la actora, al no ejercer el derecho dentro del término legal a regresar al RPM y tampoco se podría condenar al pago de costas.



La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque las condenas impuestas contra la entidad, al ser un tercero que no intervino en el traslado efectuado a la AFP, además, este tipo de fallos, genera una descapitalización del sistema; que para la fecha del traslado, tampoco se podía realizar una proyección pensional y la afiliada no buscó retornar al RPM, permaneciendo en el RAIS por espacio de quince años; reclama que, no se imponga condena en costas en segunda instancia, al ceñirse la entidad a las disposiciones legales.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, tanto Porvenir como Colpensiones presentaron alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 33 del archivo 01 del expediente digital y la cual fue resuelta en forma desfavorable el 23 de febrero de 2021 (fl. 35 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 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 señor Esmeralda González Villar 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. 31 archivo 01 del expediente digital); reclamación efectuada ante Colpensiones (fl. 33 archivo 01 del expediente digital); respuesta de Colpensiones a petición (fl. 35 archivo 01 del expediente digital); petición incoada ante Porvenir (fl. 38 a 44 archivo 01 del expediente digital); respuesta de Porvenir a solicitud (fl. 45 archivo 01 del expediente digital y fl. 135 a 145 del archivo 03 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 50 archivo 01 del expediente digital y fl. 98 del archivo 03 del expediente digital); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 57 archivo 01 del expediente digital y fl. 97 del archivo 03 del expediente digital); certificado emitido por Asofondos (fl. 94 del archivo 03 del expediente digital); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 107 del archivo 03 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 119 del archivo 03 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 128 del archivo 03 del expediente digital); resumen de historia laboral emitido por el Ministerio (fl. 129 del archivo 03 del expediente digital); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 42 del archivo 04 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 conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.

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

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

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por



su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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

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

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



precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de febrero de 1995 al 28 de febrero de 2005, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar el libelo introductor², para luego trasladarse a Porvenir el 8 de febrero de 2005 (fl. 57 del archivo 01 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 ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 57 del archivo 01 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 inició su vida laboral en 1981 con el Seguro Social, en 2005, llegó un

² Fl. 44 del archivo 04 de expediente digital



asesor de Porvenir a la empresa donde estaba trabajando y le dijo que el Seguro se iba a acabar y los aportes estaban en riesgo y pasándose a Porvenir se podía pensionar en forma anticipada y con una mesada pensional alta y si no quería pensionarse le podían devolver los aportes, además que la pensión era heredable sin ningún tipo de restricción, por lo que, decidió trasladarse a Porvenir, además que Porvenir se haría cargo de los aportes del Seguro Social.

Sin embargo, no le explicaron como obtendría la pensión, ni le hablaron de aportes voluntarios y ante tantas bondades no hizo preguntas.

Que hacía dos años se acercó a Porvenir para pensionarse en forma anticipada o que le devolvieran los aportes, sin embargo, la solicitud fue negada, porque debía esperar a cumplir 57 años de edad y tampoco se podían devolver los aportes, ni el bono pensional, sintiéndose engañada y buscó asesoría al respecto.

En lo tocante al formulario de afiliación, dijo no haberlo leído, que lo diligenció el asesor de Porvenir, sin embargo, solo se registraban datos personales básicos y no le fue informado que tenía la posibilidad de retractarse de su decisión y durante los últimos 3 años, ha recibido los extractos por parte de Porvenir.

A su turno, la representante legal de Porvenir señaló que, los asesores pasan por un proceso de asesoría, en el que se les informan sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS, además, las ventajas y desventajas de la afiliación, sin embargo, no se encontraba presente en la asesoría de la demandante y contarse únicamente con el formulario de afiliación, respecto a la información brindada en ese momento.



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 la convocada a juicio le haya 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 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.

En este aspecto se tiene, que tal como 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, esta Sala considera pertinente adicionar la sentencia, en lo tocante a la devolución de los gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debe precisarse que, la condena o devolución de estos conceptos, surgen como 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, debidamente indexados, y con cargo a sus procesos recursos, así como bonos pensionales si tuviere y rendimientos financieros, frutos e intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual³, 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.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «*un control integral para*

³ Sentencia CSJ SL 1055-2022



corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus», por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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 las costas están a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones a favor de la demandante, Esmeralda González Villar, 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 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 Veinte (20°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 5 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ESMERALDA GONZÁLEZ VILLAR** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES**, las cotizaciones recibidas en su integridad, con motivo de la afiliación de la demandante, tales como, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, bono pensional si hubiere, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y los rendimientos, frutos e intereses y demás rubros que tenga la accionante en su cuenta de ahorro individual.

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

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y Porvenir y a favor de la demandante, dado el resultado 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.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR y a favor de la demandante, ESMERALDA GONZÁLEZ VILLAR en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RIGOBERTO LASSO LASSO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 13. APELACIÓN EN MATERIA LABORAL.** El recurso de apelación contra las sentencias y autos dictados en materia laboral se tramitará así:

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

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

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



S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **RIGOBERTO LASSO LASSO**, por intermedio de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado del RPM al RAIS; como consecuencia, ordenar a las AFP demandadas su retorno a Colpensiones, con el traslado de las sumas de dinero recibidas con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y su respectiva indexación; condenar a las AFP demandadas a los intereses moratorios, así como a la suma de 50 SMLMV con sustento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993; condenar a Colpensiones a aceptarlo en el RPM como si nunca hubiere tenido lugar su traslado al RAIS, e igualmente, a recibir los dineros provenientes de las AFP demandadas; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 3 a 5 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folios 5 a 8 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 17 de diciembre de 1959; laboró para el Municipio de Jamundí del 23 de septiembre de 1991 al 17 de diciembre de 1999; el 1° de mayo de 2005, mientras laboraba para el Municipio de Cali, se trasladó a la AFP Colfondos S.A., cuyos promotores o vendedores en ningún momento le hicieron las advertencias de los riesgos que implicaban su decisión, ni que su pensión pendería de la volatilidad del mercado financiero o de medidas gubernamentales como la tabla de supervivencia, menos aún, que el valor de la prestación también depende de la modalidad que se escoja, o el impacto que puede tener la negación del bono pensional; que en general, no asumieron su obligación de asesorarlo legalmente, omisión que se reiteró por parte de todas las AFP demandadas. Refiere que únicamente le fue señalada la posibilidad de obtener un mejor



monto pensional, el cual podría adquirir de manera anticipada. Que solicitó ante Colpensiones y la AFP Protección la ineficacia de su afiliación al RAIS, misma que fue rechazada por la citada AFP, pues Colpensiones a la fecha no ha emitido respuesta alguna.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones formuladas por el actor, al considerar que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que tuvo lugar en forma libre y espontánea, 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. **Excepciones:** Formuló las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, prescripción, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la innominada o genérica (fls. 83 a 111 archivo 03 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, 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 protesto 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 no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Excepciones: Propuso 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 régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 631 a 672 archivo 10 del expediente digital).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, sí brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le informó 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 de rentabilidad que producen los aportes. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento, y la genérica (fls. 522 a 545 archivo 09 del expediente digital).



Finalmente, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones formuladas por el actor, al considerar que el traslado del demandante fue completamente válido, pues estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria. **Excepciones:** Formuló las 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. 967 a 998 archivo 19 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 4 de marzo de 2022, profirió sentencia en la que resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS, efectuado por el demandante a la AFP COLFONDOS el día 11 de marzo de 2005; **declarar** aseguradora del demandante para los riesgos de IVM a Colpensiones; **ordenar** a la AFP Protección S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones, 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 (Archivo de audio 28 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, 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:

El apoderado de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que la decisión proferida por el Juzgado de Conocimiento, afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema y desconoce la prohibición legal en la cual se encuentra inmerso el señor demandante, en tanto le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. Refiere que la información echada de menos por el convocante se encuentra prevista en la Ley 100 de 1993 y normas subsiguientes, cuyo desconocimiento no puede alegarse; sumando a ello que, las AFP demandadas atendieron los requisitos legales previstos para la época en que se celebró el acto jurídico de traslado, por lo que el mismo lo fue conforme a derecho, y por ello el otrora ISS no podía manifestar oposición. Añade que no se generó una lesión en el derecho pensional del demandante, quien solo presenta como inconformidad el valor de la pensión que es variable en el RAIS, acotando que ello no era determinable, al depender la liquidación de la prestación de múltiples factores. Indica que no es procedente la condena en costas, toda vez que los dineros administrados por la entidad tienen una destinación específica. Concluye refiriendo que en todo caso, las órdenes impartidas en este tipo de procesos, deben incluir gastos de administración y seguros previsionales, como así lo apuntaló la Corte Suprema de Justicia.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., allegaron sus alegaciones finales.

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, a través de la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 27 a 31 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 el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados 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 ineficacia de la afiliación realizada por el señor RIGOBERTO LASSO LASSO al régimen de ahorro



individual administrado por Colfondos 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, derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 27 a 31, 33 a 39, 169 a 162, 1004 a 1011), copia cédula de ciudadanía del demandante (fl. 32), certificación de afiliación emitida por Colpensiones (fl. 40), formularios de afiliación ante las AFP Santander, ING y Horizonte (fls. 41 a 43, 122 a 125, 173 a 173, 191, 999), historia laboral válida para bono pensional (fls. 44 a 45, 125 a



126, 189 a 190), historia laboral emitida por la AFP Protección S.A. (fls. 47 a 59, 155 a 168, 175 a 188), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 60 a 64, 695 a 699), certificación laboral (fl. 65), expediente administrativo (carpeta 11), consulta de afiliaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 127 a 128, 1016 a 1018), reporte estado de cuenta emitido por Protección (fls. 129 a 154), comunicados de prensa (fls. 199 a 201, 1026 a 1028), certificación de afiliación emanada de la AFP Porvenir S.A. (fl. 1000), historia laboral expedida por Porvenir S.A. (fls. 1001 a 1003), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 28).

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

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

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



financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no 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 23 de septiembre de 1991 hasta el 30 de abril de 1997, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (folio 60 archivo 01 del expediente digital); para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A. desde el mes abril de 2005, como se observa en la historia laboral allegada por Protección S.A. (fl. 158 archivo 03 del expediente digital); además, el 31 de enero de 2006, se afilió a la AFP Santander hoy Protección (fl. 122 archivo 03 del



expediente digital); el 3 de octubre de 2006, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 999 archivo 19 del expediente digital), posteriormente, el 29 de julio de 2007, se vinculó a la AFP Santander hoy Protección S.A. (fl. 174 archivo 03 del expediente digital); finalmente, el 30 de julio de 2010, se afilió a la AFP ING hoy Protección S.A. (fl. 124 archivo 03 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social; 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 Colfondos 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, que no fue allegado al proceso.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«Yo inicié mi parte laboral con este fondo, porque mi señor padre hoy muerto me sugirió mi inicio laboral que lo hiciera a través del Seguro Social en ese entonces. (...) El tema de Colfondos fue, yo venía en Colpensiones si, y yo había tenido una brecha laboral en la que no tenía trabajo entonces cuando llego a vincularme con el entonces Municipio de Cali, me sugirieron a través de recursos humanos que había que hacer la vinculación para hacer el nombramiento con este fondo (...), una de las cosas que tengo que aclarar es que mi trabajo ha sido 99% técnico y de camp,o estos procesos de vinculación a fondo me lo hacían a través de recursos*



humanos, me dejaban los formatos y bajaba y firmaba, no fue con ningún tipo de asesoría». Preciso que (Archivo de audio 28 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 Colfondos 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 en la alzada, 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 al concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, no se advierte que el Juzgado Conocimiento haya emitido orden sobre este tópico, como así lo advierte Colpensiones, por manera que 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 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, 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, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados.

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 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 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, 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: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 4 de marzo de 2022 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas AFP Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, los descuentos realizados por los gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.

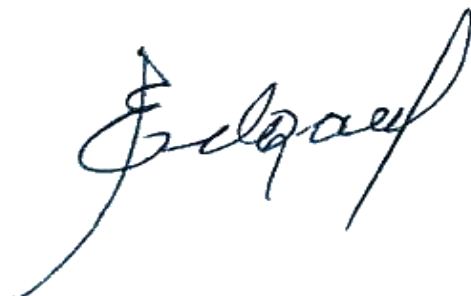


TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de Colpensiones, dado el resultado adverso de la alzada.

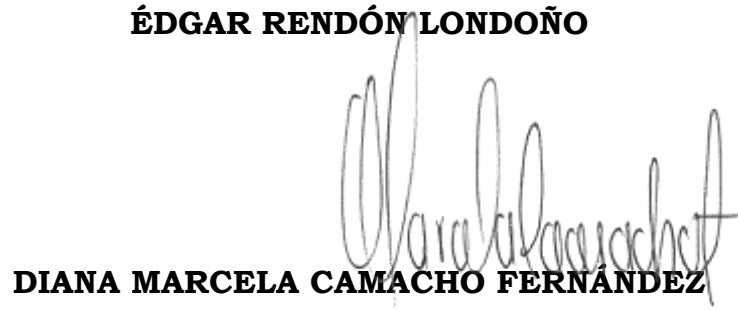
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



AUTO DE PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **JAIRO USECHE ORJUELA** CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (Ley
2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JAIRO USECHE ORJUELA**, por intermedio de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado

¹ «**ARTÍCULO 13. 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».



efectuado del RPM al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., el 21 de octubre de 1995; como consecuencia, ordenar a la AFP Colfondos S.A. traslade la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en su cuenta individual; ordenar a Colpensiones aceptar su traslado, efectuar su afiliación al RPM y recibir de Colfondos S.A. el ahorro, bonos, frutos e intereses que se encuentran en su cuenta individual; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 4 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folios 3 y 4 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que se afilió para los riesgos de IVM desde el mes de octubre de 1.981, acotando que el 21 de noviembre de 1995 firmó formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., para lo cual se le informó por parte de su asesor, que la mejor opción para su futuro pensional era trasladarse al RAIS, pues en él podría pensionarse antes de los 60 años; sin embargo, durante su afiliación a Colfondos nunca se le suministró asesoría en la cual se le hiciera una comparación entre regímenes pensionales, y además, se analizara su situación particular para indicarle lo que era más conveniente para su futuro pensional, tampoco se le indicó que hasta los 52 años podía regresar al RPM. Que solicitó ante Colpensiones la ineficacia de su afiliación al RAIS, misma que fue rechazada por dicha entidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, 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 no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Excepciones: Propuso 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 régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 114 a 152 archivo 05 del expediente digital).

A su turno, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, sí brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le informó 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 de rentabilidad que producen los aportes. Añade que en cuanto a la petición de nulidad, estipulan los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, como elementos que hicieren nula una afiliación al Sistema General de Pensiones, que la suscripción de la vinculación, no provenga del afiliado, lo cual para el presente caso no ocurrió, pues fue el demandante, quien de su puño y letra, suscribió en el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por



COLFONDOS S.A., así como lo expresa el formulario de vinculación.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los denominados 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 de traslado, compensación y pago y la genérica (fls. 183 a 195 archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 29 de noviembre de 2021, profirió sentencia en la que resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS, efectuado por el demandante a la AFP COLFONDOS el día 21 de noviembre de 1995; **declarar** aseguradora del demandante para los riesgos de IVM a Colpensiones; **ordenar** a Colfondos S.A. devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del demandante, 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 y **absolverlas** de las demás pretensiones (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, 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 apoderada de **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo como motivos de disidencia que no es procedente aplicar de manera indiscriminada las decisiones proferidas por la máxima autoridad de la especialidad laboral, pues debe analizarse si la presunta falta de información produce un efecto cierto y adverso, como la pérdida del régimen de transición, y no se trata de una situación donde el afiliado ante la imposibilidad de trasladarse de régimen y al no estar de acuerdo con su mesada pensional, está recurriendo a esta clase de acciones como una oportunidad para obtener un beneficio indebido, consistente en omitir las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades de movilidad entre regímenes. Indica que el actor no ha estado afiliado al RPM durante más de 25 años, por manera que ahora no puede pretender que el sistema le sea solidario, y así beneficiarse de los aportes efectuados en el mismo, poniendo en riesgo el futuro pago de las pensiones de las personas que por el contrario, siempre han cotizado a este. Refiere que conforme a la sentencia proferida el 30 de julio de 2020 por este Tribunal dentro del radicado 2018 445, el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, menos aun cuando de su decisión dependerá su futuro pensional, la cual tomó voluntariamente, a más que contó con la oportunidad de trasladarse de régimen en los términos establecidos en la Ley 797 de 2003, esto es, antes de que le faltaran menos de 10 años o menos para arribar a la edad mínima de pensión.



Aduce que si en gracia de discusión, se acepta la existencia del vicio alegado, el mismo debió ser advertido en el momento de traslado ante la falta de información, por lo que indefectiblemente, a partir de esa fecha el afiliado contaba con un plazo de 4 años para solicitar la rescisión del acto jurídico de traslado, de conformidad con lo previsto en el artículo 1750 del C.C., sin embargo, como tal situación no fue acatada, en el presente caso operó el saneamiento del cualquier nulidad que hubiese podido concurrir. Advierte que la decisión injustificada de la ineficacia del traslado de su afiliación al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados, como así se indicó en la sentencia T-489 del 2010. Concluye indicando que conforme al inciso 4° del artículo 48 de la C.P. no es posible destinar los recursos de Colpensiones a fines diferentes, como el pago de costas y agencias en derecho.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la parte demandante y Colpensiones allegaron sus alegaciones finales.

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, a través de la solicitud elevada ante Colpensiones y su respuesta, documentales militantes a folios 29 a 31 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 el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados 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 ineficacia de la afiliación realizada por el señor JAIRO USECHE ORJUELA al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos 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, copia cédula de ciudadanía del demandante (fl. 13 archivo 01), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 14 a 16 archivo 01 y 153 a 157 archivo 05), historia laboral emitida por la AFP Colfondos S.A. (fls. 17 a 23 archivo 01 y 272 a 287 archivo 07), solicitud de vinculación ante la AFP Colfondos S.A. (fls. 24 archivo 01 y 271 archivo 07), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 25 a 31 archivo 01), consulta de afiliaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 270 archivo 07), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 06), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Archivo de audio 10).

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.° 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 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 26 de octubre de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1995, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (folio 153 archivo 05 del expediente digital); para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A. el 21 de noviembre de 1995 (fl. 24 archivo 01 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social; 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 Colfondos 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. 24 archivo 01 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 *«Recibí en la oficina de mi empresa a una funcionaria de Colfondos que se presentó con el ánimo de presentarme la posibilidad de vincularme a Colfondos, como una opción para mi pensión futura (...) Bueno la señora, la funcionaria, la promotora en este caso, una señora que me mostró un formulario de vinculación, el cual lo*



diligenciamos conjuntamente con ella, llenamos las partes pertinentes, sin más ni más (...) Bueno, quiero recalcar que esa información que recibí fue muy breve, digamos fue una diligencia breve, donde se completaron unos datos personales, coloqué de dos personas beneficiaras de ese contrato digamos, y se me dijo que la idea de vincularme a Colfondos casi que era una alternativa única porque el Seguro Social, y lo declaraban los medios, estaba en proceso de liquidación y desaparición, y la única alternativa que teníamos los que teníamos en el ISS de ese entonces, era vincularse a un fondo privado, el fondo Colfondos, también la funcionaria me lo presentó como del Grupo Citi, o sea, como con un respaldo económico importante bancario digamos así, y eso fue muy impactante para la decisión de vincularme en ese momento (...)». Preciso que no recibió ninguna información sobre beneficiarios, ni recuerda que se le indicara que sus aportes generaban unos rendimientos financieros o cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RAIS (Archivo de audio 10 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 Colfondos 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 en la alzada, 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, sin que pueda indicarse que en el *examine* existió un saneamiento por el paso del tiempo, contrario a lo definido por esta entidad, como claramente lo refiere el criterio de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, frente al concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, no se advierte que el Juzgado Conocimiento haya emitido orden sobre este tópico, por manera que 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, 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, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima o sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: «un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia,



no está sujeto al principio de non reformatio in pejus», por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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 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 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, 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: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 29 de noviembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ella, los descuentos realizados por los gastos de administración, para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora de manera íntegra, con la debida indexación, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, 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 se imponen costas a cargo de Colpensiones, dado el resultado adverso 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.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES** CONTRA **BANCO DE BOGOTÁ** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 **CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES** por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral pretendiendo se declare que la terminación de su contrato de trabajo

¹ «**ARTÍCULO 13. 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».



fue ilegal por desconocimiento del proceso disciplinario estipulado en la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el mes de junio de 2018. Como consecuencia, se condene a la demandada al cargo que desempeñaba al momento del finiquito o, a uno de iguales o superiores categorías, junto con el pago de los salarios legales y extralegales, prestaciones sociales y vacaciones, prima de vacaciones, auxilio óptico, descuentos en medicina prepagada, beneficios del Banco de Bogotá, descuentos en el seguro del vehículo contra todo riesgo, beneficios en actividades culturales, prima de antigüedad, aportes a la seguridad social integral y auxilios convencionales, todo ello, desde la fecha del despido hasta el reintegro efectivo; lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicita que se declare que el finiquito laboral tuvo lugar el 17 de julio de 2018, y no, el 26 de junio de símil año, por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad sociales causados del 26 de junio al 17 de julio de 2018, indemnización moratoria, sanción y beneficios convencionales, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 17 a 21).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 17 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que el 9 de diciembre de 1999 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, para desempeñar el cargo de Auxiliar de operaciones, a cambio de una asignación salarial de \$395.200; sin embargo, por causa de un ascenso, su último cargo desempeñado fue el de Analista II, con un salario básico \$3.825.400, cuyas funciones se encontraban discriminadas en el manual denominado Presidencia Dirección de Riesgo Crédito Cartera Comercial Analista III, además, dicho cargo

dependía directamente de la Gerencia Riesgo Crédito Cartera Comercial; que se desempeñó de manera sobresaliente, conforme a sus altas calificaciones, las cuales le permitieron solicitar un crédito de vehículo, que requería el aval de su jefe inmediato, para el que se le tuvieron en cuenta sus ingresos adicionales obtenidos con un taxi de su propiedad.

Añade que, en junio del año 2017, le fue otorgado nuevo crédito para cambio de vehículo, para lo cual se consideraron sus ingresos adicionales, obtenidos a través de su taxi, honorarios como contador público y cánones de arrendamiento provenientes de un apartamento adquirido con otro crédito concedido por el Banco Caja Social. Indica que, para el pago de su salario, la demandada generó la apertura de una cuenta de ahorros “Cuenta 50”-persona natural, desde el año 1999. Advierte que en el mes marzo de 2018 se afilió a la organización sindical Asociación Colombiana de Empleados Bancarios ACEB, de lo cual tuvo conocimiento la parte empleadora. Acota que el mentado sindicato y el dador del laborío el 1º de septiembre de 2015, suscribieron una Convención Colectiva de Trabajo que expiró el 31 de agosto de 2018, y en cuyo artículo 25 se estableció el procedimiento para aplicación de sanciones.

Indica que el 19 de junio de 2018, fue citado por el banco demandado a diligencia de descargos ante la apertura de un proceso de disciplinario por posibles graves incumplimientos a sus deberes y obligaciones laborales que constituirían una presunta falta grave, lo cual desconoció el procedimiento disciplinario convencional, toda vez que la diligencia se previó para el mismo día, cuando debió contar por lo menos con 3 días hábiles de preparación, a más que a ella asistió el abogado Héctor Velásquez, cuando la Convención no previó la comparecencia del personal jurídico de la encartada.

Añade que el 26 de junio de 2018, le fue notificada la terminación unilateral del contrato de trabajo, aduciendo justa causa, y en específico, por la utilización del usuario de acceso a información de clientes para efectuar consultas no autorizadas, ni relacionadas con la labor, lo cual desconoció las explicaciones que entregó en la diligencia de descargos, en la que además, solicitó tomar las declaraciones de las señoras Luz Adriana Franco y Ruby Bernal Franco, sin embargo, ello fue negado sin justificación alguna.

Refiere que, en la carta de despido, también se indicó que en forma abusiva realizó consultas indebidas, no autorizadas, refiriéndose a cuentas bancarias de su padre e hijo, e igualmente, que tenía 66 transacciones diferentes a los abonos de nómina, mismas que en todo caso, estaban debidamente justificadas y provienen de actividades lícitas, como lo demostró en la diligencia de descargos. Sumando a ello que, las normas referidas por el Banco accionado en la misiva en mención, no guardan relación con los hechos materia del proceso disciplinario o la supuesta comisión de faltas. Que el 28 de junio de 2018, presentó revisión a la terminación de su contrato de trabajo, lo cual fue resuelto el 17 de julio de 2018, de manera que el nexo terminó en esta última data, sin embargo, la encartada efectuó la liquidación correspondiente teniendo en cuenta como extremo final el 26 de junio de 2018.

CONTESTACIÓN: La demandada **BANCO DE BOGOTÁ**, contestó el *libelo introductor* oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, aduciendo para el efecto, que dio por terminado el contrato de trabajo del demandante en virtud de haberse encontrado demostrada la existencia de una justa causa grave, acotando que la entidad le garantizó al actor el ejercicio al derecho a la defensa, al debido proceso, pues en su momento el Banco de Bogotá escuchó en diligencia de descargos al trabajador, dio oportunidad de que presentará todos sus argumentos de defensa y que de igual forma, presentará las pruebas

que pretendía hacer valer dentro del trámite disciplinario, sin vulnerar sus derechos fundamentales, ni laborales. Añade que, el colaborador tuvo tres conductas principales que alertaron al Banco para iniciar el proceso disciplinario y consecuente terminación del contrato, a saber: 1) Utilización indebida del aplicativo CRM como Analista II de crédito, al consultar productos financieros sin solicitud de cliente, o dentro de las funciones asignadas por parte de su jefe inmediato; 2) utilización de aplicativo CRM para hacer consultas de productos financieros personales y/o de familiares sin autorización, conducta contraria a las políticas, manual de funciones, código de ética del banco; 3) presunto conflicto de intereses con ocasión a utilización de cuenta de nómina para realización de transacciones con clientes del banco por \$49.554.236. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, inexistencia de las obligaciones, buena fe, compensación, pago, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, cobro de lo no debido y la genérica (Archivo 05 del expediente digital).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 28 de abril de 2022, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante; **declarar** probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y pago; **condenar** en costas al demandante (Archivo audio 15 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo* que el actor es beneficiario de la Convención Colectiva, toda vez que ostenta la condición de afiliado de la organización sindical ACEB, y en virtud de ella, el dador del laborío efectuó los descuentos sindicales respectivos, desde el mes de marzo de 2018. Añade que revisado el procedimiento disciplinario dispuesto en el artículo 25 de la Convención Colectiva de Trabajo, de cara al surtido por la convocada, esta atendió los términos previstos

por la norma convencional para el efecto, por manera que no hay lugar a declarar la ilegalidad del despido del demandante, circunstancia que implica descartar el reintegro solicitado. Indica que el contrato de trabajo terminó en la fecha señala en la respectiva carta, esto es, el 26 de junio de 2018, toda vez que el recurso promovido en contra de esta por parte del demandante, no tiene efecto suspensivo, pues así no lo estableció la Convención Colectiva de Trabajo, ni se allegó manual o código de la convocada, que así lo previera.

En cuanto a la justa causa de despido, indicó que el actor sí incurrió en las faltas graves que se le endilgaron, dado que por tener un conflicto de intereses, debió abstenerse de consultar las cuentas bancarias de sus hijos y la de su padre en el CRM del banco, en especial, en el caso de su padre, al estar motivado por la aplicación de un descuento en la cuota de manejo de una tarjeta de crédito, sin tener competencia para ello; todo ello, en desconocimiento del código de ética y conducta de la entidad, a más que no dispuso de autorización de su superior jerárquico como lo dispone tal norma, máxime que para ese tipo de consultas, el demandante tiene dispuestas otras plataformas y canales. Indicó que el actor también desconoció el código de ética al recibir dinero por parte de otros usuarios del banco, sin haberlo informado a su superior en aras de obtener su autorización. Concluyendo que el demandante desconoció el artículo 76 del Reglamento Interno de Trabajo, en tanto no fue diligente en la prestación del servicio, al no observar lo previsto en el código de ética, al igual que lo previsto en el artículo 87 de dicha norma, al comunicar a un tercero, como lo es su padre, la información que tenía el banco sobre él, para adelantar un trámite que le eximiera de una cuota de manejo.

RECURSO DE APELACIÓN:

El demandante **CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES** interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo como



motivos de disidencia, que en el presente caso no se presentó ningún conflicto de intereses, y por tanto no se desconoció el artículo 87 del Reglamento, toda vez que la revisión de las cuentas de sus padres y sus hijos contaban con toda la autorización para el efecto. Indica que no consideró el *a quo*, las manifestaciones coincidentes de los testigos, según las cuales, el Banco permitía y no efectuaba ningún control, o llamado de atención, por la revisión que los trabajadores efectúan en el CRM de los productos propios o los de sus familiares, siendo claro que el Despacho tomó la uniformidad de la prueba testimonial para unos aspectos y para otros no.

Aduce que la demandada permitió durante 15 años que el actor efectuara la revisión de sus propios productos, sin embargo, solo hasta que se afilió a la organización sindical inició investigaciones en su contra, lo cual evidencia una persecución, dado que ello coincidió con la fecha de su vinculación a ACEB, máxime que los testigos Sixto y Janet no lograron explicar las razones por las cuales se iniciaron las investigaciones hasta el año 2018, cuando supuestamente de manera diaria se hacían revisiones de los trabajadores, y peor aún, se les dio efectos a hechos que ya habían acaecido pasados 6 meses.

Suma a ello que, conforme a la prueba testimonial, el Banco también permitió transacciones en las cuentas de nómina de sus trabajadores por ingresos adicionales, sin que ello les generara ningún tipo de represalia o iniciación de un proceso disciplinario, porque conforme al dicho de los declarantes, ello no estaba prohibido, acotando que en todo caso una prohibición en ese sentido, se caería por su propio peso, dado que las transacciones efectuadas al demandante en su cuenta de nómina las hacía un cliente del banco que era su arrendatario, lo cual implicaría que ningún cliente de la demandada podría arrendar el bien inmueble del convocante.



Aduce que en el caso no se demostró perjuicio o pérdida para el Banco, y por el contrario, se avizora un recto proceder del convocante, que desvirtúa otra de las faltas que le fueron endilgadas, como lo era la realización de consultas de los socios de personas jurídicas clientes del Banco, lo cual fue desvirtuado por los testigos indebidamente valorados; así mismo, no se suministró ni se sacó provecho alguno por información de terceros, contrario a lo manifestado en la sentencia, y ello no generó ningún riesgo por parte del trabajador, quien tenía autorización de sus hijos y de su padre para hacer las revisiones de sus cuentas, siendo claro que no se probaron las justas causas de despido.

Dice que en el proceso disciplinario surtido contra el convocante se desconoció el derecho al debido proceso, porque en la carta de citación a descargos existe un error en la fecha, como lo admitió la demandada, acotando que no se dieron los días establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo para preparar sus descargos, a más que se le desconoció su derecho a la segunda instancia, porque en términos generales se le debió otorgar al despido un efecto suspensivo, hasta tanto se resolviera el recurso formulado contra el mismo.

Añade que se desconoció su derecho de defensa porque en la diligencia de descargos solicitó la comparecencia de dos testigos, esto es, de su jefe inmediata, la señora Luz Adriana y el de la señora Ruby, pues, aunque no las llevó a la diligencia de descargos, era la demandada quien como autoridad debió impartirles la orden para que asistieran, señalando que a su jefe inmediata se le envió un correo para su comparecencia y aun así, curiosamente no llegó a la diligencia. Concluyendo que todas esas falencias en el procedimiento devienen en la ilegalidad del despido, y por ende, en su reintegro.

Para concluir, adujo que el contrato de trabajo no terminó el 26 de junio de 2018, como se indicó en la respectiva carta, sino el día en el que se desató el recurso que interpuso contra tal decisión, lo cual implica la

procedencia de los salarios, prestaciones e indemnizaciones reclamados en la demanda, acotando que la segunda instancia en este caso, tiene un efecto suspensivo, como ocurre en la vía jurisdiccional ordinaria laboral.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, ambas partes presentaron alegaciones de instancia.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las excepciones del *contestatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de apelación interpuesto por el actor, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar cuál fue el extremo final del nexo laboral que ató a las partes comparecientes.

Definida la anterior premisa, habrá de establecer la Sala si se configuran los presupuestos para fulminar condena a título de reintegro por ineficacia en el acto de terminación del contrato de trabajo, ante el desconocimiento del derecho al debido proceso del demandante o, si por el contrario, debe revocarse la absolución

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

impuesta por el Juzgado de Conocimiento, por no haberse sustentado el finiquito en una justa causa de despido.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, de los cuales se colige, que CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES laboró al servicio de la demandada BANCO DE BOGOTÁ S.A. desde el 9 de diciembre de 1999, bajo la modalidad contractual laboral de término indefinido, para desempeñar como último cargo el de Analista II, percibiendo como asignación final la suma de \$3.825.400, conforme al contrato de trabajo, la liquidación de prestaciones sociales y lo aceptado por la convocada en su contestación (folios 922 a 926 y 970 del expediente digital), relación que finalizó por decisión unilateral de la encartada aduciendo justa causa para el efecto; supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Centrándose el primer reparo en lo concerniente a la data final del vínculo laboral, al manifestar el reclamante jurisdiccional que este realmente feneció el día en que se desató el recurso formulado contra la carta de despido, que lo fue el 17 de julio de 2018, y no la fecha referenciada en tal misiva, esto es, el 26 de junio de símil año.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar los motivos objeto de recurso.

DEL EXTREMO FINAL DEL CONTRATO DE TRABAJO

Sobre el punto de controversia, advierte la Sala desde ya que no resulta atendible el pedimento del convocante tendiente a considerar como extremo final de la relación laboral que lo ató con la convocada el 17 de julio de 2018, data para la cual se desató el recurso que contra la carta de despido formuló, como quiera que en tal misiva se definió con claridad que el finiquito tendría lugar el 26 de junio de 2018, según se puede observar en el folio 968 del expediente digital; luego, al ser desatado el recurso de manera desfavorable, mediante pronunciamiento de fecha 17 de julio de símil año, en el sentido de confirmar el finiquito datado 26 de junio de 2018, como se observa a folios 352 a 356 del expediente, ilógico resulta concluir data distinta de la terminación del contrato a la definida en la carta, como quiera que la negativa en su revocatoria, le está impartiendo a la misiva plenos efectos.

A lo anterior, debe añadirse que tampoco se encuentra demostrado en el expediente a través de cualquier medio de convicción, que el actor hubiere prestado sus servicios hasta el 17 de julio de 2018, pues solo a partir de esta circunstancia, sería posible concluir la ampliación del vínculo hasta esta última fecha.

Y es que el demandante no desplegó ningún esfuerzo probatorio para demostrar el servicio más allá de la carta de despido, al punto que esta situación, ni siquiera la indagó en la amplia prueba testimonial que se decretó y practicó en la primera instancia, pues nótese que a los testigos Sixto Vargas Moreno, Jorge Humberto Chiappe Duarte, Elizabeth Martínez Posada, Nadia Yelena Bello González, María Catalina Villamarín Valencia, Yaneth Consuelo Caro Rincón, Marlén Morales o Saúl Humberto Sabogal Sabogal, nada dijeron sobre este aspecto, al no ser preguntados por el mismo, lo cual igualmente se concluye de los interrogatorios rendidos por el demandante y la representante legal de la encartada.

De manera que, comparte la Sala la decisión asumida por el Juzgado de Conocimiento sobre el extremo final del contrato de trabajo, quien lo estableció para el 26 de junio de 2018, en los precisos términos de la misiva ya mencionada.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INEFICACIA DEL DESPIDO – DESPIDO CON JUSTA CAUSA

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

Así, conforme a la carta de despido trasladada a CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES calendada 26 de junio de 2018 (folios 957 a 969 del expediente digital), la terminación del vínculo contractual entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

«(...) Conforme a las evidencias encontradas por el Departamento de Seguridad del Banco, se encontraron presuntas irregularidades en el ejercicio de su cargo e incumplimiento a sus obligaciones contractuales, dado que usted utilizó su usuario de acceso a información de clientes para efectuar consultas no autorizadas ni relacionadas con su labor, conforme lo señala el mencionado documento, por cuanto a las consultas realizadas por usted en los seis (6) últimos meses en el aplicativo CRM, se ha evidenciado lo siguiente:

- 1. con el fin de verificar si se realizaron en desarrollo de funciones asignadas al cargo que desempeña, recibiendo como respuesta (9) consultas realizadas a (8) clientes del Banco de Bogotá, no estaban dentro de los proyectos asignados al colaborador, las cuales se relacionan a continuación:*

(...)

- 2. Adicionalmente, se evidenciaron consultas a través del aplicativo CRM a los productos de sus familiares y a sus propios productos, las cuales*

no se encuentran asignadas a sus funciones y se relacionan a continuación:

(...)

3. *Se realizó la verificación de comportamiento transaccional de la cuenta de ahorros de nómina No. 40314155 perteneciente al colaborador Carlos Humberto Sabogal Morales de los últimos seis meses, 1º de noviembre de 2017 al 23 de mayo de 2018, identificando (66) transacciones diferentes a los abonos de nómina que suman \$49.554.236, realizadas por clientes del Banco de Bogotá, familiares (hijos), las cuales se consolidan a continuación:*

(...)

4. *En el monitoreo transaccional realizado por el Departamento de Seguridad se identificó el pago del producto de crédito No. 353825596 del colaborador Carlos Humberto Sabogal Morales, cancelado con cargo de la cuenta de ahorros No. 000749275, cuyo titular es Carlos Andrés Pacheco (hijo del Colaborador) que aparece en el CRM con registro civil No. 29731129 fecha de nacimiento es 02/04/200 – es decir actualmente tiene 18 años de edad. A continuación relacionamos a transacción.*

(...)

*Se encontró más que demostrado que incurrió en diferentes conductas indebidas y rechazadas por el banco (sic) cumplir de manera deliberada sus obligaciones como trabajador, más como persona y funcionario que conoce con detalle el banco, pues usted ha defraudado la confianza depositada por el banco en usted, se insiste ha incumplido los manuales, Códigos y procedimientos del Banco, todo lo cual justifica la decisión tomada por el Banco, quien haciendo uso de las facultades que la Ley le otorga, ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa, a partir de la finalización de la jornada de la jornada del día de hoy **26 de junio de 2018**, en atención a los graves incumplimientos donde resulte comprometida la confidencialidad, integridad, disponibilidad, privacidad y/o auditabilidad de la información constituye una falta grave».*

Sobre esa forma de terminación del contrato de trabajo, la parte demandante centra su reclamo jurisdiccional en su ineficacia, dado el desconocimiento por la convocada, de su derecho al debido proceso, al no observar debidamente el procedimiento disciplinario previsto en la Convención Colectiva de Trabajo.

Será entonces, bajo ese escenario, que se procederá a desatar la problemática planteada; resultando necesario indicar que sobre la

institución sustantiva reclamada por CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES, la Corte Suprema de Justicia ha definido que la violación del derecho al debido proceso por parte del empleador al momento de tomar la decisión del despido con justa causa, presupone por regla general, el desconocimiento del procedimiento expresamente previsto para despedir al interior de la empresa, dado que la legislación laboral, no exige este procedimiento para terminar el contrato con justa causa.

Así se expresó por la Alta Corporación, al establecer en sentencia SL2351-2020 con ponencia del H. Magistrado Omar Ángel Mejía Amador, que:

«La censura desconoce cuál es el alcance del principio del debido proceso contenido en el citado artículo 29 en estos casos, por lo que se hace necesario reiterar lo que esta Corte estableció al respecto en la sentencia SL 15245 de 2014, así:

i) El alcance del debido proceso del artículo 29 constitucional frente a las actuaciones del empleador a la terminación del contrato de trabajo, en concordancia con la jurisprudencia constitucional

Esta Sala considera, al igual que lo ha dicho la Corte Constitucional¹, que la aplicación del derecho al debido proceso del artículo 29 superior siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es corolario del principio de legalidad; por ello, se estima por esta Corte que, para el evento de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

De tal manera que no pudo incurrir el ad quem en el desconocimiento del «debido proceso» en los términos del citado artículo 29 constitucional como lo alega la recurrente, al no aceptar que el despido del actor fue ilegal por no habersele permitido conocer los cargos que se le imputaban y ser asistido por los compañeros de trabajo para ser oído en descargos. Ciertamente, como lo anotó el ad quem, la legislación laboral no exige este procedimiento para terminar el contrato de trabajo con justa causa.

El tribunal no se equivocó al desestimar el argumento del recurrente sobre la ilegalidad del despido, en razón a que estableció que, en el sublite, no reposa prueba de que entre las partes se hubiese pactado procedimiento alguno a seguir previamente al despido y, menos aún, la obligación de

escuchar al trabajador asistido por dos compañeros al momento de rendir descargos (supuestos fácticos que no fueron objetados por la censura en los cargos formulados por la vía indirecta, como se verá más adelante).»
(Subraya y negrilla fuera de texto)

Bajo la égida del criterio jurisprudencial expuesto, resulta claro para la Sala que no le asiste razón al demandante en su alzada, quien insiste en la ilegalidad de su despido, bajo el argumento que el mismo se produjo con el desconocimiento de su derecho al debido proceso, porque analizado el contrato de trabajo (fols. 922 a 926), el Reglamento Interno de Trabajo (fols. 981 a 1031) y la Convención Colectiva de Trabajo (fols. 260 a 290), no se advierte que, en dichos textos reguladores de la relación laboral, se haya previsto un procedimiento previo al despido, y tampoco se allega Pacto del cual se pueda establecer que en efecto las partes, lo previeron para dar lugar a la terminación del vínculo con justa causa.

De manera que, la pretensión de la parte activa en torno a la ineficacia del finiquito y el consecuencial reintegro, carece de visos de prosperidad, en la medida que el ejercicio de la facultad de dar por terminado el contrato por justa causa por parte del empleador, no implica agotar un procedimiento disciplinario previo como expresión del derecho al debido proceso, por cuanto en el *sub examine*, el mismo no se encuentra previsto en ninguno de los instrumentos reguladores del vínculo que ató a las partes, a más que en el expediente se encuentra demostrado que el demandante fue citado a descargos, dándosele la oportunidad de ser escuchado, conforme se observa en el acta de la diligencia militante a folios 80 a 101.

Así, no tenía cabida en el presente caso, exigir la aplicación del artículo 25 de la Convención Colectiva de Trabajo, en el cual se estableció el procedimiento para la aplicación de sanciones (fl. 279), pues la empresa no impuso una sanción al trabajador, ya que en realidad, rompió el contrato de trabajo en forma unilateral, la cual por sí misma no

constituye una sanción disciplinaria que requiera de un procedimiento previo, a menos que el empleador así lo contemple en sus reglamentos, o que las partes lo convengan a través de la negociación colectiva, contrato de trabajo o cualquier otro pacto expreso, lo que no ocurre en el presente caso, pues nótese que en el artículo 96 del Reglamento Interno de Trabajo, de manera expresa previó que la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la empresa no se considera una sanción disciplinaria, sino un medio jurídico para la extinción del nexo laboral (fl. 244).

Sobre este aspecto, cabe rememorar lo adocctrinado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL10297-2017, en la cual moduló:

«Así mismo, resulta importante destacar que la posición del Tribunal, según la cual el despido no es una sanción y por ende para su aplicación no se requiere de un trámite previo y especial, a menos que extra legalmente así se haya pactado, es acertado y ajustado a derecho, como en varias ocasiones lo ha dicho la Corporación, recientemente en la sentencia SL 13691 – 2016, de ago. 24 de 2016, rad. 52134, en los siguientes términos:

Pues bien, frente al tema sobre el cual la censura desplegó gran parte de su ataque, esto es, si el despido es una sanción o no, la Sala reiterativamente ha señalado que en principio no lo es, a menos que extra legalmente así se haya pactado, como se indicó, entre otras, en las sentencias de radicación CSJ SL 11 feb. 2015 rad. 45166, en la CSJ SL, 15 feb. 2011 rad. 39394 y CSJ SL, 5 nov. 2014. rad. 45148; pues el despido lleva implícita la finalización del vínculo, porque el empleador en ejercicio de la potestad discrecional que lo caracteriza, prescinde de los servicios del empleado debido a que no quiere seguir atado jurídica ni contractualmente a él, en tanto la sanción presupone la vigencia de la relación laboral y la continuidad de ésta; de allí que no puedan confundirse bajo el mismo concepto.

De tal manera que la legalidad y justeza del despido no podía verse afectada porque la diligencia de descargos se hubiere surtido sin la asistencia de dos compañeros del trabajador».

Conforme a lo anterior, como quiera que el Banco de Bogotá no aplicó una sanción disciplinaria, sino que hizo uso de su facultad de terminar el contrato, aduciendo una justa causa para el efecto, no estaba necesariamente compelido a adelantar un trámite disciplinario

riguroso, circunstancia que impide atender las quejas del apelante en cuanto a la manera en cómo se desplegó el proceso disciplinario iniciado en su contra, y por ello, se insiste en que en el *examine* no medió una ilegalidad en el despido, y menos aún, es dable acceder al reintegro perseguido.

Puestas así las cosas, procede la Sala a verificar lo que compete a las pretensiones subsidiarias, esto es, si la empresa convocada en realidad despidió al trabajador convocante sin justa causa, para lo cual es de relevancia indicar que de vieja data ha advertido la H. Corte Suprema de Justicia, que lo imperativo en el documento de terminación de la relación laboral es establecer los supuestos de orden fáctico que rodearon el actuar del ex trabajador, para entonces concretar las causales en los que estuvo inmerso, manifestación vista en la sentencia SL 16214 de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por manera que, atendiendo la claridad en los hechos anunciados en la misiva de fenecimiento del nexa, evidente emana concluir que BANCO DE BOGOTÁ fundó su decisión en el numeral 6º, literal a) del artículo 62 del CST, norma que en su literalidad enseña:

«ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo*
(...)
6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos»

Referente a la prescripción normativa *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales,

cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, si se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, cómo lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Bajo tal egida, se advierte que, en el Código de Ética y Conducta, que el actor conoce, conforme a manifestación que efectuó por escrito, y que milita a folios 1.041 a 1.080 del diligenciamiento, se estableció que:

« 8.2. POLÍTICAS GENERALES RELACIONADAS CON CONFLICTOS DE INTERÉS

(...)

- *Ningún colaborador que tenga acceso a información del Banco podrá reproducirla, explotarla, copiarla o divulgarla con fines diferentes a los establecidos en las funciones que desempeña.*
- *Los colaboradores del Banco deben abstenerse de consultar información de productos relacionados a sus familiares o parientes.*

9.1. RESERVA BANCARIA

Conscientes de la importancia que tiene para nuestros clientes resguardar la confidencialidad de la información que se confía al Banco, en virtud de la operación bancaria, los colaboradores (vinculados directa o indirectamente al Banco, contratistas, temporales, etc.) - salvo las excepciones legales-, deben guardar reserva y discreción sobre la información suministrada por el cliente al Banco y su transaccionalidad, conforme lo establecen la Constitución Nacional, la ley, los decretos reglamentarios (art. 15 de la C.N., art. 61 a 68 del C.Co. y art. 105 del E.O.S.F.)

De esta forma, todos los colaboradores del Banco deberán cumplir con las políticas, procedimientos, controles y los requerimientos de seguridad establecidos en circulares y manuales de operación del Banco, para el manejo de la información interna y externa.

Ningún colaborador podrá divulgar, apropiarse, ni usar la información del Banco o de sus clientes para fines distintos al desempeño de su cargo y al manejo de las relaciones con los clientes y menos para

efectuar transacciones que deriven utilidad o provecho personal del empleado o de un tercero.

(...)» (Subraya y negrilla fuera de texto).

De cara a lo dispuesto en el Código de Ética antes citado, se advierte que el artículo 102 del Reglamento Interno de Trabajo concretó como justas causas para la terminación del contrato de trabajo en el numeral 1 literal f) *«Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador».*

De manera que, en desarrollo de la tarea relativa a determinar la ocurrencia o no de los supuestos de facto que enmarca lo dispuesto en la regulación *ejusdem*, se tiene de la revisión de las pruebas arrimadas al proceso, que contrario a lo indicado en la alzada, el convocante sí desconoció las políticas generales relacionadas con conflicto de intereses y las obligaciones relativas a la reserva bancaria previstas en el Código de Ética, al incurrir en algunas de las conductas que le fueron relacionadas en la carta de despido, y que según el análisis de la Sala, difieren un poco, de las determinadas por el Juzgado de Conocimiento.

Ello es así, conforme al contenido del acta de descargos adosada a folios 935 a 956, pues nótese que en tal diligencia el actor indicó que consultó en la plataforma CRM el cliente Carlos Alberto Daza Nuez, quien no le había sido asignado para el ejercicio de sus funciones como Analista de Crédito II, porque su compañera Ruby Daza Bernal, fue quien le solicitó el favor de realizar esa consulta, ya que ella lo necesitaba y no poseía permisos de la información dinámica de CRM; además, informó que en dicha plataforma realizó consultas relativas a su padre Saul Humberto Sabogal, y sus hijos Carlos Andrés y Esteban David Sabogal Pacheco, quienes son clientes del banco demandado, lo cual tuvo lugar sin informar a sus superiores; precisando adicionalmente que, a través de la cuenta de ahorros de su hijo canceló un crédito de vehículo propio, como se constata a folios 940, 945 a 947 y 957.

Circunstancias que, además, fueron confirmadas por el actor en su interrogatorio de parte, en especial lo referente a las consultas efectuadas a sus hijos y su padre, e igualmente, corroboradas por los testigos Nadia Yalena Bello González, en calidad de jefe del actor, Yanet Consuelo Rincón, como empleada del Departamento de Seguridad del Banco y Sixto Vargas Moreno, en condición de jefe del departamento en mención.

De manera que, no existe duda para la Sala de Decisión, que el actor desconoció las obligaciones y prohibiciones establecidas en el Código de Ética de la demandada, en cuanto a la reserva de la información bancaria y el conflicto de intereses, por cuanto consultó en la plataforma CRM un cliente (Carlos Alberto Daza Nuez) que no le fue asignado para el estudio de crédito, ya que ello fue realizado por petición de su compañera Ruby Daza Bernal, quien no se evidencia como jefe o superior suya; adicional a ello, consultó la información de sus hijos y su padre, y aún peor, efectuó transacciones en su propio beneficio, esto es, para cancelar un crédito de un vehículo, con la cuenta de ahorros asignada a su hijo, pese a encontrarse ello prohibido.

Así, resulta diáfano para el Colegiado que el relatado desacato del Código de Ética, que se *itera*, era conocido por el demandante, según declaraciones suscritas por él a folios 1127 y 1128, constituyen una violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, configurándose así, la justa causa de despido prevista tanto en el artículo 102 del Reglamento Interno de Trabajo, como en el numeral 6º literal A del artículo 62 del CST, pues aunque en el contrato de trabajo o en el Reglamento Interno de Trabajo, ni en la Convención Colectiva, se califican las relatadas conductas como faltas graves, lo cierto es que la Sala de Decisión si las considera como incumplimientos de tal envergadura, dada la actividad y la función encomendada al trabajador, en virtud de la cual debía analizar las

solicitudes de crédito provenientes de los Gerentes Comerciales la Región Bogotá Sur, y dar una apreciación financiera del proyecto de acuerdo con las políticas y metodologías de crédito y riesgo establecidas en el Banco, como así lo especifica el perfil del cargo de Analista de Crédito II (fl. 47).

Siendo claro que el convocante, para el desempeño de su oficio, manejaba una información que en virtud de la ley está sometida a reserva, que no podía ser manipulada según su antojo o su concepción, sino que por el contrario, debía atender los procedimientos, manuales y regulaciones previstas por la entidad bancaria, quien a su vez, debe someterse a las disposiciones legales, y al ente que vigila su actividad, que lo es la Superintendencia Financiera de Colombia.

Lo dicho no se desvirtúa de ninguna manera, con el argumento de apelación expuesto por el convocante, según el cual la pasiva toleró tales conductas por su parte durante un lapso de 15 años, pues no existe ninguna prueba dentro de las diligencias que permita constatar que tal conducta fue detectada por el Banco con anterioridad al informe emitido por el Departamento de Seguridad el 28 de mayo de 2018.

Mismo que se adelantó además, porque según la testigo que contribuyó en la investigación, esto es, Yanet Consuelo Rincón, en el mes de abril de 2018, recibió una alerta de una transacción que efectuó el actor con el producto de otro cliente de la empresa, y en cuya revisión pudo constatar que estaba presentando consultas que contrariaban el Código de Ética; a más que en el informe en mención, se relacionan consultas efectuadas por el actor en la plataforma CRM en fechas cercanas a la data en que fue citado para la diligencia de descargos (13 de junio de 2018), siendo la más antigua una consulta del 2 de noviembre de 2017.

Por tanto, no puede la Sala afirmar que la convocada aceptó las conductas aquí corroboradas, a lo largo de toda la relación laboral, porque no existe prueba de ello, y menos aún, cuando las mismas fueron detectadas con el informe datado 28 de mayo de 2018, que a su vez surgió por una alerta de sus sistemas del mes de abril de símil año.

Tampoco puede concluir la Sala de las pruebas aportadas, que la investigación iniciada al trabajador fue motivada por su afiliación a la organización sindical, porque ello no emana de ningún medio de convicción, y ni siquiera de los testigos allegados por el demandante, quienes tampoco tienen la capacidad de desvirtuar los incumplimientos en los que incurrió el actor.

Ello es así, porque si bien del dicho de los declarantes Jorge Humberto Chiappe Duarte, Elizabeth Martínez y María Catalina Villamarín, se evidencia que estos niegan el conocimiento o difusión de las normas establecidas en el Código Ética, lo cierto es que dicho código sí existe y como ya se refirió de manera reiterada, sí era de conocimiento del actor, porque así lo afirmó expresamente en documento suscrito por él.

Aunado a ello, aunque los mencionados testigos afirmaron que los Analistas de crédito podían consultar la información de un cliente del banco demandado que no se les había asignado, fueron claros en indicar que ello ocurría por orden de los coordinadores de grupo o sus superiores, lo cual no coincide con la situación endilgada al demandante, al ser claro que la consulta efectuada al cliente Carlos Alberto Daza Nuez, lo fue por petición, no de un superior jerárquico, sino de una compañera Ruby Daza, como ya se anotó.

En igual sentido, ninguno de los testigos en referencia, dio cuenta de consultas en la plataforma CRM relacionadas con parientes o familiares, y mucho menos de la realización de transacciones con productos de estos, por manera que no es dable concluir que ello estaba

permitido o que ese tipo de conductas fueron toleradas por la encartada respecto de otros trabajadores distintos al actor, como así se insinúa en la alzada.

En esa medida, es que concluye el Tribunal que la causal esbozada en la carta de despido se encuentra debidamente corroborada, así como su justeza, como quiera que del haz probatorio arrimado al informativo, es claro que el actor, con su actuar, y en específico, al consultar en la plataforma CRM productos de sus familiares, y realizar transacciones con estos, así como verificar un cliente no asignado a él, sin autorización de sus superiores, extralimitó sus funciones y desconoció gravemente el Código de Ética de la entidad, como así se definió expresamente en la carta de despido.

Así las cosas, esta Sala de Decisión encuentra comprobada la justa causa alegada por el BANCO DE BOGOTÁ, pues conociendo las funciones y procedimientos a realizar para la adecuada ejecución de su labor, la cual era reiterada y constante, el señor CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES de manera indolente decidió no efectuarlo, motivo por el cual, suma confirmar la sentencia impartida por la Juez de Conocimiento.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia costas a cargo del demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202100341 01 24

pública virtual celebrada el 28 de abril de 2022, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS HUMBERTO SABOGAL MORALES** contra **BANCO DE BOGOTÁ**, de conformidad 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 del demandante.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

20202100341 01 25

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo del demandante en \$300.000.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **AURORA RAMÍREZ LÓPEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

Acto seguido, el Tribunal procede en forma a dictar la siguiente,

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones a Cindy Julieth Villa Navarro, identificada con C.C. No. 1.129.580.577 de Barranquilla y portadora de la T. P. No. 219.992

¹ 1 «Artículo 13. **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»



expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder de sustitución allegado vía correo electrónico.

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora AURORA RAMÍREZ LÓPEZ, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., para que previos los trámites procesales pertinentes se declare que fue inducida a error al omitir información completa sobre el traslado de régimen y se declare ineficaz la afiliación efectuada a Porvenir S.A. y por tanto ha estado válidamente afiliada al régimen de prima media.

En forma subsidiaria solicita se declare la nulidad del traslado efectuado a Porvenir, por haber existido vicio del consentimiento, al no haber sido informada en debida forma al momento de su afiliación.

Consecuencia de lo anterior, reclama se condene a Porvenir a comunicar la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la actora, se traslade a Colpensiones la totalidad de los aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, rendimientos e intereses de los dineros obrantes en la cuenta individual, así como su historia laboral; a pagar las costas, gastos y agencias en derecho; se reconozcan derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 21 a 22 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 11 de marzo de 1962; que, a la entrada en vigencia la Ley 100 se encontraba afiliada al RPM; que se trasladó a Porvenir el 24 de mayo de 1996; que, se ocultó información a la hora de efectuar el traslado de régimen; que cotizó al ISS 243 semanas; que el asesor aseguró a la



afiliada que se podría pensionar a cualquier edad y sin ver afectado el monto de la mesada pensional; que se afirmó que el ISS iba a liquidarse y sus aportes se encontraban en riesgo; que no se informó sobre la posibilidad de retornar al RPM; que radicó derecho de petición solicitando la declaratoria de ineficacia ante Porvenir y Colpensiones.

CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el traslado se efectuó después de brindarse a la demandante la información clara, precisa veraz y suficiente para adoptar tal determinación. Como medios **exceptivos** propuso los de, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 10 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, no obra prueba de que se le hubiese hecho incurrir en error a la demandante ni inconformidad frente a su traslado. 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (archivo 13 del expediente digital).

DECISIÓN:



Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 26 de mayo de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir el 23 de mayo de 1996 y consecuencia declaró válida la afiliación al régimen de prima media; **condenó** a Porvenir a trasladar a Colpensiones los aportes pensionales, cotizaciones, bonos, rendimientos, dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones, seguro previsional debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos; **condenó** a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y a actualizar la historia laboral; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir; **ordenó** la consulta de la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Sobre este punto, pues se nos allega el formulario de afiliación en el archivo 13, folio 1 y folio 74 del archivo 10, donde se firmó por la demandante y de este simplemente se puede extraer la fecha de su diligenciamiento, datos personales, laborales, beneficiarios, de manera que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de la interesada, de la demandante, con una formula preimpresa en la casilla destinada para la firma de este, sin que el mismo logre o pueda concluirse o pueda aparejarse que la administradora de pensiones hubiese, esto es Colpatria, hubiese cumplido el deber de suministrar a la señora Aurora, una información completa, clara, comprensible sobre todas las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, a pesar que dicha carga le correspondía, de allí se extrae entonces claramente que la entidad no demostró las implicaciones del cambio...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Porvenir S.A.**, sienta su oposición frente a la sentencia emitida, al estimar que, el consentimiento informado se materializó con el formulario de afiliación suscrito por la demandante; que se garantizó el derecho de retracto, sin que se hubiera tenido en cuenta tal



situación; que tampoco es posible fulminar condena por gastos de administración, al no ser parte integrante de la pensión y se encuentran afectados por la prescripción, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al no existir norma que así lo disponga y dada la gestión realizada por Porvenir.

La apoderada de **Colpensiones**, solicita se revoque las condenas impuestas contra la entidad, al estimar que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM, máxime que, su solicitud de retorno fue realizada en forma extemporánea; que con la suscripción del formulario debe tenerse válido el traslado; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y por tanto no tenía una expectativa de pensionarse; que el motivo para retornar al régimen de prima media es el valor de la mesada pensional, de acuerdo a su interrogatorio de parte.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 los extremos procesales presentaron alegaciones de instancia.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su



cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 8 del archivo 01 del expediente digital, en la cual se resolvió la solicitud de nulidad presentada por la demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

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

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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



del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 7 del archivo 01 del expediente digital y fl. 46 archivo 13 del expediente digital); respuesta de Colpensiones a petición (fl. 8 del archivo 01 y fl. 47 del archivo 13 del expediente digital); respuesta de Porvenir a petición (fl. 11 del archivo 01 del expediente digital y fl. 106 del archivo 10 del expediente digital); formulario de afiliación a Colpatria (fl. 13 del archivo 01 del expediente digital y 74 del archivo 10 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 14 del archivo 01 del expediente digital y fl. 101 del archivo 10 del expediente digital); certificado emitido por Asofondos (fl. 72 del archivo 10 del expediente digital); resumen de historia laboral emitido por el Ministerio (fl. 75 del archivo 10 del expediente digital); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 79 del archivo 10 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 87 del archivo 10 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 42 archivo 13 del expediente digital); copia del expediente digital del presente proceso (fl. 50 archivo 13 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, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos



relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



- 5. Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.
- 6. Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia

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

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

3.13. Deber de asesoría para que proceda el traslado de afiliados entre regímenes. De acuerdo con el inciso segundo del artículo 9° de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el 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 pensionales 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 reconocimiento 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 representantes de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acorde a 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 a su vez al 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 30° de marzo de 1989 al 30 de abril de 1996, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar el libelo introductor², para luego trasladarse a Porvenir el 23 de mayo de 1996 (fl. 13 del archivo 01 y fl. 74 del archivo 10 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 Colpatria, ahora 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que se presta sus servicios en una notaría y un día, un asesor del entonces

² Fl. 296 del archivo 13 de expediente digital



Colpatria le dijo que, si no se trasladaba de fondo, perdería los aportes realizados al Seguro Social, sin darle mayor información, dado que, en ese momento, se encontraba atendiendo al público, por lo que, la asesoría no duró mucho.

El asesor no le informó que se abriría una cuenta de ahorro individual a su nombre, de rentabilidad, de lo qué pasaría con su pensión en caso de que falleciera, las modalidades de pensión, garantía de pensión mínima, indemnización sustitutiva, devolución de saldos, ni cómo se financiaba la pensión y como se construiría su pensión.

Agregando en su intervención que, suscribió el formulario de afiliación pero que no lo leyó; que no ha realizado aportes voluntarios y que no sabía que requería más semanas de cotización en el RPM que en el RAIS para pensionarse y desconoce los requisitos para poder adquirir una pensión en un fondo privado.

Que hace cuatro años se acercó a Porvenir para averiguar sobre su pensión y el asesor, le dijo que le iban a entregar un bono, porque la pensión no se la iban a reconocer, y a partir de dicha época empezó a recibir los extractos de su cuenta individual; que, solicitó el traslado a Porvenir y Colpensiones hace dos años, pero este pedimento fue resuelto en forma desfavorable.

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 la convocada a juicio le haya 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 aportes pensionales,



cotizaciones, bonos, rendimientos, dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones, seguro previsional debidamente indexado, con cargo a sus propios recursos.

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 de la A quo, en lo tocante a ordenar a la devolución de los aportes pensionales, cotizaciones, bonos, rendimientos, dineros destinados para la garantía de pensión mínima, gastos de administración, comisiones, seguro previsional debidamente indexado, 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 las costas están a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones a favor de la demandante, Aurora Ramírez López, 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 26 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **AURORA RAMÍREZ LÓPEZ** contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y Porvenir y a favor de la demandante, 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR y a favor de la demandante, AURORA RAMÍREZ LÓPEZ en la suma de \$400.000 pesos moneda corriente, a cargo de cada una de las entidades.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUIS ALEJANDRO HERNÁNDEZ CEPEDA** CONTRA **HAROLD ALFONSO MEDINA MORA Y JESSICA MEDINA MORA EN CALIDAD DE HEREDEROS DE JOSÉ ALFONSO MEDINA TOLEDO** (Ley 2213 de 2022).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; 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 ALEJANDRO HERNÁNDEZ CEPEDA, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral

¹ «Artículo 13. **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»



contra HAROLD ALFONSO MEDINA MORA y JESSICA MEDINA MORA, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10 de abril de 1983 y el 7 de febrero de 2018 con el señor José Alfonso Medina Toledo (q.e.p.d.), el cual fue terminado por causa imputable al empleador, ya que sus hijos cerraron en forma intempestiva el taller, en donde devengaba un salario de \$1.200.000.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones reclama se condene a José Alfonso Medina Toledo, hoy herederos determinados e indeterminados, Harold Medina Mora y Jessica Medina Mora a pagar cesantías durante todo el vínculo laboral; intereses a las cesantías; prima de servicios y vacaciones de los últimos tres años de servicio; indemnización por no pago de acreencias laborales, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, a pagar los aportes al sistema de seguridad social durante todo el tiempo laborado, así como las costas y agencias en derecho causadas.

Como pretensiones subsidiarias reclama, se condene al pago de intereses sobre las sumas que resulten en la condena y a los intereses moratorios sobre las sumas que resulten en la condena.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 9 a 11 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten que, celebró contrato verbal con el señor José Alfonso Medina Toledo; que la labor fue desarrollada desde el 10 de abril de 1983 al 7 de febrero de 2018; que se desempeñó como mecánico automotriz; que cumplía un horario de lunes a sábado; que José Alfonso Medina Toledo falleció el 19 de julio de 2017; que, los hijos del causante decidieron cerrar el taller de mecánica y dieron por terminado su contrato de trabajo; que el señor



Harold Medina ofreció pagar al actor las acreencias con dinero en efectivo, un vehículo, herramienta; que después de un tiempo le fue retirada la oferta de pago, argumentando para tal efecto, las deudas adquiridas por el *de cujus*; que el salario devengado fue de \$1.200.000; que su contrato de trabajo fue terminado sin justa causa; que las labores fueron desempeñadas en forma personal, atendiendo instrucciones y cumpliendo un horario.

CONTESTACIÓN: HAROLD ALFONSO MEDINA MORA, sentó su oposición frente a las pretensiones incoadas, al estimar que, no se cumplían los presupuestos de un contrato laboral, al recibir el pago de sus propios clientes por los trabajos que realizaba en el taller y pagando una comisión por el uso del espacio. Como medios **exceptivos** propuso los de improcedencia de la acción por haberse realizado la sucesión del señor José Alfonso Medina Toledo (q.e.p.d.) en debida forma, luego no existe la persona natural ni jurídica vigente que pueda ser parte en el presente proceso; falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido; inexistencia de obligaciones a cargo del demandado y prescripción (fl. 217 del archivo 01 del expediente digital).

A su turno, **JESSICA MEDINA MORA**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas, arguyendo para tal efecto que, no se cumplían los presupuestos de un contrato laboral, al recibir el pago de sus propios clientes por los trabajos que realizaba en el taller y pagando una comisión por el uso del espacio. Como medio **exceptivo** propuso que, la presente acción se dirige en contra del señor José Alfonso Medina Toledo (q.e.p.d.) quien al haber fallecido es vinculada mi representada en calidad de heredera no obstante lo anterior la sucesión que se demanda ya fue liquidada; falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de obligaciones a cargo de



la demandada y prescripción (fl. 321 del archivo 01 del expediente digital).

El **Curador ad litem** de los herederos indeterminados, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que no había certeza de los extremos laborales, tampoco se tiene certeza del presunto salario devengado, de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de la causa petendi, inexistencia del demandado, preclusión de la etapa, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica (carpeta 3 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2° de mayo de 2022, en el que, resolvió; **absolver** a los demandados Harold Alfonso Medina Mora y Jessica Medina Mora en calidad de herederos del señor José Alfonso Medina Toledo (q.e.p.d.) y a los herederos indeterminados de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante; **condenó** en costas al demandante; ordenó la consulta a favor del demandante, en caso de no ser apelada la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“... precisamente en este asunto no existe claridad en la temporalidad en la prestación de los servicios, hecho necesario para poder determinar la existencia de la relación o las relaciones de trabajo y las posibles condenas por concepto de prestaciones que tengan derecho pues sin conocer durante cuánto tiempo trabajó no es posible contabilizar acreencias laborales, adicionalmente en este caso tampoco es procedente dar aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en relación con la determinación de los extremos temporales para el contrato de trabajo en el sentido de que no constituye un impedimento fijar los extremos del contrato, la falta de exactitud de los



días de inicio de la prestación de los servicios, dado que en el presente caso no se tiene certeza siquiera del año de, ósea si bien, es cierto el despacho podría establecer reiteramos el inicio de la relación laboral, de la primera relación laboral en 1992, no podemos fijar el extremo final de esa primera relación laboral y si bien es cierto en la segunda relación laboral podemos quizá fijar el extremo final con el fallecimiento del señor, el señor José Alfonso lo cierto es que no podríamos en esa segunda relación laboral fijar el extremo inicial, lo anterior o todo tiene su, su quid o certeza respecto de la confesión del demandante en el que dijo haber, no haber prestado los servicios para José Alfonso por un espacio de 9 meses, pero no se establece aproximadamente por lo menos saber para que, para que periodo fue que no prestó los servicios para poder señalar los extremos de las relaciones laborales...”.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, los demandados presentaron alegaciones de instancia.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, sin que la parte demandada Colpensiones interpusiera recurso de apelación, la decisión fue enviada a fin de que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las



manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, 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 LUIS ALEJANDRO **HERNÁNDEZ** CEPEDA y HAROLD ALFONSO MEDINA MORA y JESSICA MEDINA MORA en calidad de herederos del señor JOSÉ ALFONSO MEDINA TOLEDO (q.e.p.d.); de acreditarse lo anterior, corroborar el cumplimiento de los presupuestos normativos para fulminar condena por las acreencias laborales reclamadas.

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.

Se sigue de lo anterior, la necesaria comprobación de los medios probatorios incorporados a juicio a fin de establecer si la parte reclamante cumplió con la carga que le incumbía y, en consecuencia, logró demostrar la prestación personal del servicio para enmarcar su nexo 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*».



Resulta necesario que el demandado, a su turno, 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 a la Corporación 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, 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)

Acorde con ello, 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, fotografías de un inmueble (fl. 21 de la carpeta 01 del expediente digital); copia del certificado de existencia y representación legal del establecimiento del señor José Alfonso Medina Toledo (fl. 25 de la carpeta 01 del expediente digital); registro civil de defunción de José Alfonso Medina Toledo (fl. 29 de la carpeta 01 del expediente digital); certificado de tradición emitido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá – Zona Centro (fl. 31 de la carpeta 01 del expediente digital); Escritura Pública No. 2610 (fl. 35 y 137 de la carpeta 01 del expediente digital); registro civil de nacimiento de Jessica Medina Mora y Harold Alfonso Medina Mora (fl.



73 y 75 de la carpeta 01 del expediente digital); interrogatorios de parte absueltos por las partes en contienda y testimonios rendidos por Jaime Borda Parra y José Hernando Bojacá (carpeta 10 del expediente digital).

Documental que no da cuenta de la prestación del servicio de HERNÁNDEZ; circunstancia que, adicional, se revalida con las deponencias recepcionadas, entre ellas el interrogatorio de parte absuelto por Luis Alejandro Hernández, quien dice contar con 49 años de edad; alude haber sido empleado del señor José Alfonso (q.e.p.d.), en la Calle 76 No. 48-31 en el Barrio Simón Bolívar, respecto al salario informó que su empleador, *“me decía haga ese trabajo y vale tanto”*; que los clientes eran del dueño de taller, que prestó sus servicios por espacio de 34 años, iniciando en el año 1983 hasta febrero de 2018, sin embargo *“no me acuerdo la fecha”*; que Jessica y Harold le permitieron seguir laborando en el taller *“con la condición de pagarle los servicios”*, correspondiendo estos a luz y agua únicamente; con posterioridad, *“la verdad fue que Harold Alfonso Medina ordenó que no me dejarán entrar más”*; que prestaba sus servicios de lunes a sábado de 7 de la mañana a 6 de la tarde y los sábados hasta las 2 o 3 de la tarde.

Al ser indagado sobre la prestación de sus servicios a favor de la sociedad Carrocerías MPG, este informó que, en efecto había laborado en dicha empresa, por espacio de 9 meses, sin embargo, al auscultársele frente a este período de tiempo, se limitó a decir, que, *“hace, más de, más de 10 años más, eso fue hace tiempos, la verdad no”* y a renglón seguido indicó que el señor Medina *“ahí él trabajaba, él no más, si, no, yo salí de allá de esa empresa y fui a hablar con él a ver si me daba trabajo”*.

Con posterioridad, al preguntársele frente a la continuidad del servicio por espacio de 34 años, el demandante dijo que, *“es que no me acuerdo*



la verdad la fecha de que yo empecé, porque es que cuando yo trabajé en esa empresa ya había trabajado con él”, agregando en este aspecto que, prestó el servicio militar como en el año 1994.

Luego del fallecimiento del señor Alfonso, Harold y Jessica no le daban instrucciones frente a su trabajo, ni le exigían cumplir un horario y tampoco recibía remuneración alguna por parte de estos; que él tenía clientes, pero estos le pagaban por los servicios era al señor José Alfonso y cuando no llegaban clientes el señor Toledo no le pagaba nada, que cuando se tenía que ausentar le pedía permiso; en lo tocante a las órdenes, informó que, *“no, nosotros teníamos una que, una amistad bien, ósea no teníamos problemas, si no, pues lo normal”* y le pagaba los sábados.

El servicio lo empezó a prestar desde los 13 años de edad, como ayudante y como diez o doce años después empezó a recibir dinero por los servicios que prestaba.

A su turno Jessica Medina Mora, informó que el demandante había trabajado en el mismo taller de su papá, como mecánico, pero no sabe si le era pagado un salario, ni el horario de este; que el taller se encontraba en el primer piso de la casa de su papá; no conoce de las minucias de la relación, porque cuando vivía en la ciudad, trabajaba en una empresa por turnos y no estaba todo el tiempo en la casa y ya hace más de 10 años trabaja fuera de Bogotá; que una vez falleció su padre, *“de buena fe nosotros le prestamos el espacio a Alejandro para que el pudiera continuar con sus labores mientras nosotros tomábamos decisiones”,* llegando al acuerdo con su hermano para que, *“es que el pagara los servicios pues ocasionados por el funcionamiento digamos del, del taller o de los trabajos que él hacía, más no nos pagaban nada a nosotros, ni nosotros nada”*; que el local estuvo disponible hasta cuando se vendió la casa;



que ninguno tomó el liderazgo del taller, porque la persona que laboraba en él era el *de cujus*.

Harold Alfonso Medina Mora, dijo conocer al demandante de toda su vida, porque *“estoy hablando de acuerdo a mi edad ha estado trabajando, no es la palabra trabajar, sino, siempre ha estado desarrollando labores de mecánica en compañía de mi papá”*; que su papá tuvo un taller, primero *“sobre la calle 80 y después lo paso a su lugar de residencia”*; que no podía certificar sobre el servicio del demandante, *“porque yo no vivía con mi papá, pero algunas veces que yo iba con, pues a la casa yo lo veía que se encontraba pues en las instalaciones”*, pero para el fallecimiento de su papá, él trabajaba allí; frente a la continuidad del servicio informó que, *“pues digamos que sí y no y porque digo que digamos que sí, yo algunas veces lo veía, algunas veces no lo veía, porque digo eso, yo hace más o menos 20 años, mentiras, estoy diciendo como 15 y 16 años no vivo con mi papá, algunas veces cuando yo iba sí estaban ahí y nos saludábamos, hablamos, algunas veces no estaba, no, no puedo certificar que estuviera de forma continua con él pues porque no, no todos los días, no vivía ahí, no estaba ahí”*.

Frente a la retribución pagada al actor, *“...hasta donde tengo entendido algunos clientes llegaban, entonces, sí solicitaban algún tipo de labor y como que, no sé, partían o había algo que generan, yo lo que sí, era que mi papá era el dueño del taller, de la herramienta, eso yo me imagino que algo, partían alguna comisión o algunas cosas de ese tipo, pero pues a ciencia cierta no lo puedo decir porque no, pues no trabajaba con él, ni tampoco estaba de presente ahí”*.

Fue por ello, que una vez fallecido su padre, *“lo que nosotros hicimos fue con Alejandro llegar a un acuerdo en que lo dejábamos que continuará ahí, por nuevamente como lo reiteré al principio de, de mi exposición tantos años que lo conocía, tantos años que llevaba conociéndolo, que lo consideraba un amigo, yo le dije, no quédese trabajando sin ningún inconveniente, sígale ahí, inclusive*



utilice todo, la herramienta, poco, mucho que existiera y siga trabajando, lo único que le pedí era que pues ayudará a pagar los servicios de la casa, pues siempre el tema era bastante fuerte el mantenimiento, pues de una casa y sobre todo porque era un tema comercial hasta donde recuerdo, entonces siempre había que generar, pero que a nosotros no nos pagara nada, ni nos diera nada de arriendo ni nada por el estilo, sencillamente que el continuara con su labor con los clientes de mi papá, bueno como fuera pero pues que, que fresco mientras nosotros solucionábamos todo el tema del deceso de mi papá, de temas de sucesión y bueno todos los temas que se tuvieron que desarrollar después de la muerte de él”.

Una vez resuelto el tema sucesoral del señor Toledo, le informaron al actor, más o menos en febrero del 2018, sobre la terminación del acuerdo y en ningún momento recibió algún reclamo por el pago de acreencias laborales por parte del accionante.

Por su parte, Jaime Borda, testigo de la parte actora, informó ser cliente de Alfonso Medina (q.e.p.d.) desde hacía 35 años aproximadamente, cuando tenía el taller en la calle 80 y después en la 76, que no solo era su mecánico, sino de sus familiares; que Alejandro era el ayudante de don Alfonso “*creo que hace como unos 30 años o más*”; que el servicio era prestado de lunes a sábado; de la continuidad del servicio, dijo que, “*no, siempre estuvo en el taller con Alfonso y era su brazo derecho*”, agregando frente a la continuidad del servicio que, “*Alfonso, de golpe puede que sí, pero como uno puede durar 9 meses, 10 meses, un año sin ir, pero la frecuencia con que yo iba al taller era mucha y pues siempre o nos atendía Alfonso o nos atendía Alejandro*”.

Auscultándose frente a la periodicidad con la que iba al taller de mecánica, reiteró que pasaba con mucha frecuencia y sino, iban sus parientes, pero nunca supo que Alejandro se retiró por espacio de 9 meses del taller; no tiene conocimiento frente a la remuneración



acordada entre las partes; cuando pagaba por los servicios prestados en el taller, este era efectuado a Alfonso y excepcionalmente a Alejandro cuando el dueño del taller se tenía que ausentar.

José Hernando Bojaca, conoce a Alejandro desde el año 1992, cuando adquirió un taxi y le recomendaron ir al taller de don Alfonso, que se encontraba ubicado en la Calle 80, que el automóvil lo tuvo por espacio de dos años y en ese interregno de tiempo lo llevó al taller; al indagársele quién más prestaba sus servicios en el taller, este informó que, *“yo lo conocí desde, desde allá del taller, cuando estaban en la calle 80, él trabajaba con el hermano, con Víctor, trabajaban ahí y con un latonero inclusive, le trabajaban ahí a don Alfonso, ellos pues muchachos jóvenes, no sé exactamente en qué calidad estaban, pero siempre los vi trabajando ahí en el taller, después se pasaron para el Simón Bolívar cuando él logro comprar su, su residencia la que hasta donde él falleció”*.

En principio, al demandante *“lo ponían a todos los oficios, barría, recogida tuercas, lavaba los repuestos por allá, lo ponían a lavar los repuestos, bueno qué sé yo, usted sabe los oficios de un ayudante porque era un muchacho joven en ese momento cuando yo llegué en el año 92 él hacía ese oficio, mucho lo mandaban a todo, los mandados, él era el muchacho de los oficios varios”*; en lo referente a la remuneración, dijo no saber al respecto; que el actor cumplía un horario de lunes a viernes de 7 de la mañana a 6 o 6:30 de la tarde y los sábados hasta las 2 o 3 de la tarde.

De la regularidad con la que visitaba el taller, informó que esto era *“ocasionalmente cuando me molestaba el carro, se supone que ellos me hacían el mantenimiento, más sin embargo cuando yo aprecié el trabajo que ellos hacían que sabía que, que trabajaba muy bien, yo recomendé a mi familia, a mis amigos entonces todo mundo iba allá...”*, ahondando más frente a la continuidad del servicio del demandante, y el conocimiento de esto por parte del testigo, este dijo, *“yo los carros que tuve, no, no los tuve*



permanentemente, yo los carros que tuve, el taxi lo tuve 2 años, después duré otro tiempo sin carro hasta que después me compré un carro particular, entonces yo no puedo decirle a usted por, y yo desconozco si, si Alejo digamos en algún momento dejó de trabajar pero cuando yo fui iba con mis carros yo siempre lo encontré a él, entonces yo no le puedo asegurar a usted en qué fecha él se ausentó, si se llegó a ausentar”

La fuerza de los anteriores elementos de convicción, demuestran que el debate no gravita en la prestación del servicio por LUIS ALEJANDRO HERNÁNDEZ CEPEDA y a favor de JOSÉ ALFONSO TOLEDO, empero, se corrobora que el dislate persiste en la ausencia de extremos temporales del vínculo, así como la habitualidad e intencionalidad diaria en su ejecución que permita efectuar el cálculo de las acreencias debidas, máxime que, fue el mismo demandante, quien alegó un contrato de trabajo entre el 10 de abril de 1983 y el 7 de febrero de 2018, sin embargo, el mismo accionante fue quien aceptó haber laborado para la sociedad Carrocerías MPG por espacio de nueve meses, pero no recordar para que época fue que prestó tales servicios en la otra empresa.

Téngase en cuenta, en este aspecto, que el señor Borda al rendir su declaración dijo que el actor, laboraba con el señor Alfonso hacía 30 años, en forma ininterrumpida, sin embargo, al ponerse en conocimiento la prestación del servicio por espacio de 9 meses a un tercero, informó que no sabía al respecto, a pesar de haber sostenido, que iba con regularidad al taller, situación que causa extrañeza a esta Sala de Decisión, pues si visitaba en forma frecuente el taller mecánico, resultaría apenas lógico, que se hubiere dado cuenta de la ausencia del señor Alejandro, por un espacio de tiempo tan prolongado.



Aunado a lo anterior, pero no menos importante, al insistírsele frente a la regularidad de sus asistencias al mecánico o si podía pasar 10 meses sin ir al taller, este informó que, *“no sabría decirle, pero sí con mucha frecuencia o pasaban mis parientes también pero que yo le pueda decir que siempre Alejandro estuvo ahí 100% pues lo que yo le pueda decir es que si, no sé, pero que él se haya retirado 2 meses, 3 meses, no sé”*, dejando entrever con esta respuesta de lo accidental o circunstancial de las asistencias al mecánico por parte del deponente.

Situación similar ocurre con el señor Bojacá, quien a pesar de informar que, conoce a Alejandro desde el año 1992, es decir, 30 años, cuando llevó su taxi a ese taller y por el servicio recibido lo siguió llevando y recomendando con sus conocidos, pero al hablarse de la periodicidad de la asistencia al taller mecánico, informó que esto era ocasional, incluso, que duró un tiempo sin vehículo, declaración que, en forma alguna, da claridad frente al período de tiempo laborado por el demandante a favor del señor Alfonso.

Luego entonces, como bien lo señaló el *A quo*, se podría decir que, la relación laboral que ató a las partes, fue por varios contratos de trabajo, pero, debe resaltar la Sala de Decisión que son múltiples las inconsistencias no solo en las declaraciones rendidas por los testigos, sino por el mismo demandante y lo reclamado en el libelo genitor, pues, nótese, que, reclama la existencia de un contrato de trabajo desde el año 1983, cuando la edad para la fecha en que rindió su declaración (abril de 2022) es de 49 años, es decir, que de acuerdo a su dicho, empezó a trabajar, aproximadamente a los 10 u 11 años de edad, situación que resulta apenas, inverosímil de creer.

En segundo lugar, que los testigos a pesar de indicar que asistían al taller con regularidad, pues resulta poco probable tal aseveración,



pues, se podría decir, que una persona no lleva su automóvil a un taller mecánico en forma mensual o diaria, para tener conocimiento de los días exactos en que trabajaba el demandante, así como el horario que tenía.

En tercer lugar, que se reclame como extremo final del vínculo contractual febrero de 2018, cuando lo dicho tanto por el demandante como por los convocados a juicio, fue que, una vez falleció el señor José Alfonso Medina Toledo (19 de julio de 2017), Harold le autorizó el uso del local comercial, junto con la herramienta de su padre, para que este trabajara allí, sin pagar arriendo, debiendo pagar, solamente el servicio de agua y energía, sin recibir en forma alguna, directrices, órdenes, pago o rendir cuentas a estos, por lo que, tal como lo señaló el Juez de Conocimiento, si se tuviera un extremo final, este sería el 19 de julio de 2017 y no febrero de 2018.

Por otro lado, la interrupción del vínculo laboral entre el señor Alejandro y José Alfonso (q.e.p.d.), por espacio de 9 meses, sin que, el mismo demandante, dé cuenta de la fecha en que ello ocurrió, son las que, impiden consumir un cómputo real de tiempo, meses o años prestados, para con ello, desprender las posibles sumas debidas por acreencias laborales, prestaciones sociales, indemnizaciones, aportes a seguridad social y demás pretensiones reclamadas en el escrito de demanda.

De otro lado, el actor informó que había prestado el servicio militar en el año de 1994, generándose de esta manera otra inconsistencia, pues en la declaración el señor Bojacá informó conocer al demandante, desde el año 1992, sin interrupción laboral alguna, sin embargo, es conocido que el servicio militar, es prestado por un término igual o superior a un año, de acuerdo al organismo al cual se desplegué; luego



entonces, si el actor, afirmó prestar servicio en el año 1994, se generó una suspensión del contrato, sin embargo, no se dio información alguna sobre la fecha de reincorporación a sus labores, ni tampoco, cuando terminó de prestar tal servicio, ello, a las voces del artículo 51 del Código Sustantivo del Trabajo.

De manera que, no queda otra solución al presente debate que la confirmación del fallo impartido por el *A Quo*, en tanto no acreditó diáfananamente los extremos temporales, pues solo fue manifestado por la activa en su declaración de parte, sin que ello constituya confesión a voces del artículo 191 del CGP, aplicable por analogía a la jurisdicción laboral según el artículo 145 del compendio procesal laboral.

Recuérdese que era deber de la parte que la alega, si quiera demostrar prueba que conduzca a corroborar los extremos temporales y la continuidad del servicio en tal interregno al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión analógica de que trata el artículo 145 del Estatuto Adjetivo Laboral, y sin que ello pueda entenderse suplido con la indicación esbozada por el demandante en el curso del litigio; por lo que habrá de confirmarse la decisión 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.**, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,



RESUELVE

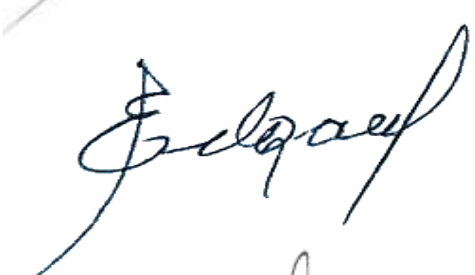
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 2 de mayo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUIS ALEJANDRO HERNÁNDEZ CEPEDA** contra **HAROLD ALFONSO MEDINA MORA y JESSICA MEDINA MORA** en calidad de herederos de **JOSÉ ALFONSO MEDINA TOLEDO**.

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

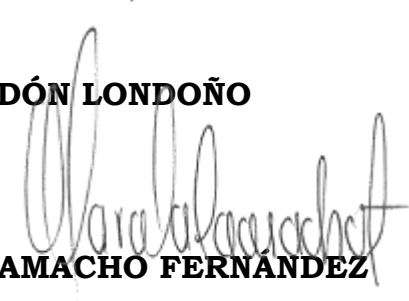
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23201900138 01

1

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **IVÁN ELVECIO ROMERO URREA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Ley 2213 de 2022)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio 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 en la Ley 2213 de 2022¹; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

¹ **«ARTÍCULO 13. 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.



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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **IVÁN ELVECIO ROMERO URREA** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia la nulidad del traslado de régimen pensional realizado del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y todos los traslados posteriores, por omisión en el deber de información, al igual que, nunca dejó de pertenecer al RPM y se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. el traslado de los aportes a Colpensiones; condenar a Colpensiones a aceptar dichos aportes y registrarlo como afiliado; se condene a todo aquello que resulte probado *Ultra y Extra petita*, costas y agencias en derecho (fls. 3 y 4 del expediente).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folio 4 de las diligencias, que en síntesis indican que el demandante nació el 9 de agosto de 1958; cotizó al RPM desde el 11 de junio de 1987 hasta el 31 de agosto de 1994 un total de 376.29 semanas, además de las cotizadas a otros fondos de previsión; el 29 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir, motivado por lo que le informaron, esto es, que se pensionaría con un monto mayor al que tendría derecho en el ISS, hoy Colpensiones, y que accedería a su derecho pensional a una edad más temprana. Añade que tuvo varios traslados entre fondos así: en junio de 1995 se trasladó a Protección S.A.; en enero de 2001 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir S.A.; el 21 de septiembre de 2010 se trasladó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23201900138 01

3

nuevamente a Protección S.A., para lo cual se le hizo una proyección de la mesada pensional, obteniendo un mayor valor en el RAIS en comparación con el RPM; el 23 de agosto de 2011 se trasladó nuevamente a Porvenir S.A. al no tener opción de retorno al RPM, pues dicha posibilidad nunca le fue informada y, finalmente, el 2 de febrero de 2015, se trasladó a Protección S.A., donde actualmente se encuentra afiliado.

Sostiene que la información brindada por la AFP Porvenir no ofreció elementos de juicio, ni información veraz y acorde con su situación, de manera previa a la afiliación, ni tampoco le suministró los datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cuál era el régimen pensional que más le convenía. Que se afilió por error a las AFP Porvenir y Protección, con la confianza y certeza que sus beneficios pensionales serían más favorables que los ofrecidos por el ISS. Sostiene que radicó derecho de petición ante las convocadas AFP Protección y Colpensiones, solicitando la anulación de su afiliación al RAIS y el traslado a Colpensiones, sin embargo, ello le fue resuelto en sentido desfavorable por las entidades.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones dirigidas en su contra, al considerar en esencia que, la afiliación del demandante a las AFP cuenta con validez, en tanto obra como soporte las cotizaciones efectuadas a dichos fondos, de manera libre, espontánea y voluntaria, a más que no obra evidencia dentro del expediente que demuestre lo contrario, ni el vicio del consentimiento alegado en la demanda. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación al régimen de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23201900138 01

4

ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica (fls. 84 a 93 del expediente).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a totalidad de pretensiones formuladas en la demanda, por considerar en síntesis que, la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa o abusiva. Afirma que el demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación, manifestando pleno conocimiento, ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó 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 la innominada o genérica (fls. 97 a 104 del expediente).

Por su parte, 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, la entidad sí brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión sin omitir información, e indicando claramente todas las características, regulaciones del RAIS y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23201900138 01

5

su funcionamiento, rasgos diferenciadores respecto al RPM, sin que pueda hablarse de situación más ventajosa o desventajosa en uno u otro, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes, correspondiendo al afiliado realizar su propio juicio de favorabilidad de acuerdo a sus condiciones particulares. **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, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen y la innominada o genérica (fls. 125 a 141 del expediente).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación que efectuó el demandante al RAIS ante Porvenir S.A., y por ende, a la AFP Protección S.A.; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones del señor demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado, sin la posibilidad de realizar descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro emolumento, dineros que se ordenan devolver de manera indexada, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, autorizándose efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ocasión a los traslados solicitados por el demandante; **condenar** a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones del señor demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado, sin la posibilidad de realizar descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro emolumento, dineros que se ordenan devolver de manera indexada, desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago, autorizándose efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Porvenir con ocasión a los traslados de fondos solicitados por el demandante; **declarar** que el demandante se encuentra afiliado al RPM administrado hoy por Colpensiones; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** a Porvenir S.A. al pago de las costas (CD a folio 237 del expediente).

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, haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23201900138 01

7

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada contra el fallo de primera instancia, por considerar que, la entidad entregó toda la información necesaria, completa y comprensible a la parte actora, en las reuniones generales y asesorías personalizadas, cumpliendo así con el deber legal de información, que se encuentra probado con el formulario de afiliación, documento exigido en el año 1994, que se presume auténtico bajo los términos de los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso, y que no fue desconocido, ni tachado de falso por el convocante. Agrega que se está obligando a la administradora allegar prueba adicional de una asesoría que se realizó de manera verbal y personalizada, lo cual es imposible, toda vez para aquella época la exigencia de dejar documentada la asesoría no existía.

Sostiene que el demandante ratificó su decisión de permanecer al RAIS, toda vez que ha cotizado a tal régimen por más de 20 años, en diversos fondos y efectuó actos de relacionamiento, no solo por los distintos traslados entre administradoras, sino también con los aportes efectuados en su cuenta de ahorro individual, aunado a la falta de utilización de los canales digitales o de atención físicos dispuestos para realizar alguna queja; a más que el convocante se encuentra dentro de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, literal b, artículo 2º, lo cual también hace improcedente la ineficacia reclamada.

Advierte su inconformidad respecto a la devolución de gastos de administración, teniendo en cuenta que los valores de la cuenta de ahorro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23201900138 01

8

individual que reposaban en Porvenir ya fueron trasladados a Protección, administradora en la cual se encuentra actualmente afiliado el actor; además la AFP realizó actuaciones relacionadas con una debida administración sobre la cuenta de ahorro individual del accionante, por manera que devolver dichas sumas generaría un enriquecimiento ilícito a favor, tanto de Colpensiones, como de la parte actora, dado que los gastos de administración no financian la mesada pensional, y estos no se encuentran incluidos en los valores a retornar en una nulidad o ineficacia de traslado, conforme al artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, radicación 20191522169003000 de enero del año 2020; sumando a ello que, a los gastos de administración le son aplicables los criterios de la prescripción. Por último, solicita una adición en las costas a cargo de Protección y Colpensiones, por ser partes vencidas en el juicio, y en atención al factor objetivo de su procedencia, conforme al artículo 165 del Código General del Proceso y la sentencia C-157 de 2013.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, censuró el fallo de manera parcial, al considerar que los gastos de administración corresponden a descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, artículo 20, modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, que faculta el descuento del 3% sobre la cotización, el cual es utilizado para cubrir gastos de administración y para pagar la prima de seguro previsional que opera en ambos regímenes. En ese sentido, sostiene que, de devolverse tales dineros a Colpensiones, se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de dicha entidad, máxime que no están destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante. Indica que Protección tiene derecho a conservar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

esta comisión como restitución mutua, con base en el artículo 1746 del Código Civil, y conforme a sentencia con radicado 31989 de la CSJ en su Sala de Casación Laboral. Pone de presente lo definido por la Superintendencia Financiera de Colombia, quien solicita dar cumplimiento al artículo 7° del Decreto 3995, esto es, ante un traslado de régimen, se debe remitir el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, el porcentaje correspondiente al fondo de garantía mínima, respetando la gestión de los aportes pensionales realizados y su administración. Con respecto a la prima de seguro previsional, manifiesta que esta ya fue girada mes a mes a una aseguradora, en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, por lo que la AFP se encuentra imposibilitada para reclamar su devolución ante un tercero de buena fe.

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 del 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, aunado a que no es beneficiario del régimen de transición por semanas, de manera que, no le son aplicables las sentencias SU-130 del 2013 y SU-062 del 2010, para regresar al RPM en cualquier tiempo. Agrega que, se debe tener en cuenta la sentencia con radicado 2016008701 del 17 de enero del 2017, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en la cual se estableció que la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la pensión a recibir en el RAIS, por sí sola, no constituye prueba que cuando se realizó el traslado por parte del actor, lo haya hecho movido por un engaño o por una indebida información de los asesores del fondo; a más que en el caso concreto no se logra probar información equivocada o falaz por parte del fondo, y por



el contrario, se evidencia un desinterés o descuido del demandante, quien decide continuar cotizando al RAIS, de manera libre y voluntaria por más de 20 años.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., allegaron sus alegaciones finales.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento, con la solicitud elevada ante Colpensiones y su respuesta, documentales obrantes a folios 51 a 53 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en los recursos 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 ineficacia de la afiliación realizada por el señor IVÁN ELVECIO ROMERO URREA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 cédula de ciudadanía del demandante (fl. 12), historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 15 a 16), historia laboral emitida por AFP Protección S.A. (fls. 17 a 25 y 168 a 188), formularios de afiliación a las AFP Porvenir S.A., Colmena, Horizonte y Protección S.A. (fls. 26 a 32, 106, 154 a 156), proyección de la pensión en el RAIS (fls. 33 a 34), carta de validación de asesoría (fl. 35), simulaciones pensionales (fls. 36 a 41), certificados de información laboral (fls. 42 a 50), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 51 a 57), cálculo pensión RPM (fls. 58 a 59), certificación de afiliación emitida por la AFP Porvenir S.A. (fl. 105), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 107 a 108 y 160 a 161), historia laboral emitida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 109 a 111), comunicados de prensa (fls. 112 a 113 y 189 a 198), historia laboral válida para bono pensional (fls. 158 a 159), reporte estado de cuenta emitido por la AFP Protección (fls. 162 a 167), interrogatorios de parte rendidos por el demandante y la representante legal de la AFP Porvenir S.A., así como declaraciones de los señores Isabel Rocío Velosa Tobar y Juan Carlos Peña Díaz (Cd. a folio 202).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



23201900138 01

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



23201900138 01

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».



23201900138 01

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



23201900138 01

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

financieros en los extractos de conformidad con la reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características,



condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



23201900138 01

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 inicialmente cotizó al Fondo Territorial de Pensiones del Municipio de Ubalá, del 9 de enero de 1982 al 30 de julio de 1989 (fl. 93); posteriormente, se afilió al otrora ISS desde el 11 de junio de 1987 hasta el 31 de agosto de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 15); para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 24 de agosto de 1994 (fl. 26); además, el 24 de marzo de 1995, se afilió a la AFP Colmena hoy Protección (fl. 27); no obstante, el 5 de noviembre de 1998, retornó a la AFP Porvenir S.A. (fl. 28); asimismo, el 24 de noviembre de 2002, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 29); el 23 de agosto de 2011, suscribió formulario de vinculación con Porvenir S.A. (fl. 31); finalmente, el 21 de septiembre de 2014, se trasladó a la AFP Protección (fl. 30); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social; 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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. 26).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«Trabajaba en Nalsani como en el área de personal, cuando se iniciaron los fondos de pensiones fueron por toda la empresa dando información que se estaban vinculando a los empleados que trabajan en Nalsani y como parte de ese proceso comercial, fueron como unos 5 o 6 fondos y se hicieron reuniones grupales y posteriormente a esto nos firmamos el documento de traslado de fondo porque obviamente en ese momento nos dijeron que el Seguro Social se iba a acabar, que el sistema no aguantaba más porque colapsaba, eran menos las personas que estaban aportando a la seguridad social en ese sistema y que posiblemente me iban a pensionar con el salario mínimo mientras, que en los fondos de pensiones le ofrecían a uno una mesada pensional grande y que me podía pensionar a los 50 años si quería yo pensionarme (...) Las reuniones eran más o menos por ahí como de media hora y firmaba uno los documentos no solamente en caso mío, y se quedaron muy pocos por fuera de trasladarse a los fondos, porque ya no podía hacerlo, pero los que nos trasladamos fueron muchos en ese momento (...) el valor de la pensión garantizaban que podía ser hasta 110% más arriba de lo que yo podía estar ganando en ese momento y que, si continuaba en el Seguro Social posiblemente me iba a pensionar con el salario mínimo y que al día a día, como eran menos las personas que aportaban al sistema, había la posibilidad de que me pensionara con el salario mínimo»*. Preciso que se afilió a otras administradoras de fondos de pensiones, porque le ofrecían mejor rentabilidad, para que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

año a año subiera su posibilidad de una mejor pensión, además, que no recibió ninguna información sobre el RPM (Cd. fl. 202).

En igual sentido, de las testimoniales rendidas por los señores Isabel Rocío Velosa y Juan Carlos Peña Díaz, solo emana que recibieron junto con el actor, unas charlas grupales por parte de las administradoras de fondos de pensiones, en las cuales les indicaron que en tales sociedades recibirían una mejor pensión, que tendrían una rentabilidad en sus aportes y que se pensionarían cuando lo desearan. También refirieron que no estuvieron presentes al momento que el actor firmó el formulario de traslado (Cd. fl. 202).

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.



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).

A lo anterior debe sumarse que, sobre la tesis de los actos de relacionamiento que se menciona en la alzada, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Penal, mediante la sentencia STP15228-2021, ordenó a la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, deje sin efecto el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021 y resuelva nuevamente el recurso extraordinario de casación, acatando los precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral –permanente en relación con la ineficacia del traslado de régimen pensional o, surta el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016, con el fin que la Sala permanente se pronuncie sobre la necesidad de modificar la línea jurisprudencial relativa a la consideración de los llamados «*actos de relacionamiento*» como factor de definición de la eficacia del traslado de régimen pensional.

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 en la alzada, 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 las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal virtud, la 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, comisiones causadas y sumas adicionales de la aseguradora, debidamente indexados, como así lo dispuso el *a quo*.

No obstante, en el *sub examine*, una vez revisada la decisión de instancia, no se advierte que esta incluya de manera expresa los conceptos de descuento para el fondo de garantía de pensión mínima a cargo de las AFP y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto que define el grado jurisdiccional de consulta, como: “*un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus*”, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

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 en la alzada, 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 parte demandada PORVENIR en su alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*, en tanto absolvió a las demandadas PROTECCIÓN y COLPENSIONES, pese a ser adversa la decisión de primera instancia.

Sobre el particular juzga conveniente advertir que a la AFP Porvenir no le asiste interés para recurrir la absolución que sobre tal concepto impartió el Juzgado en relación con las citadas, como quiera que en este caso las costas procesales que se hayan generado, lo son a favor de la parte demandante, quien sobre este puntual tema no ejerció ninguna oposición, a través del recurso de apelación.

Motivo por el cual, se confirmará 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 Porvenir y la AFP Protección, 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: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de ellas, los descuentos realizados para el fondo de garantía de pensión mínima, los cuales deberán asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, 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 se imponen costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la AFP Porvenir y la AFP Protección, dado el resultado de la alzada.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

23201900138 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

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS