República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MAURICIO DE JESÚS ANDRADE STERLING** contra **PRODUCTORES DE ENVASES FARMACÉUTICOS S.A.S. PROENFAR S.A.S** (Ley 2213 de 2022).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintitrés (23) días del mes de septiembre 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 2022[1]; 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,

**S E N T E N C I A**

**DEMANDA**: El señor MAURICIO DE JESÚS ANDRADE STERLING, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra PRODUCTORES DE ENVASES FARMACÉUTICOS S.A.S., para

---

[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»*

que previos los trámites procesales pertinentes se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 11 de enero de 1994 y el 16 de junio de 2019, en el cargo de country manager en la ciudad de México, devengando un salario de $27.058.380 y se declare la nulidad del contrato de transacción celebrado entre las partes el 26 de junio de 2019, por medio del cual se finalizó el contrato de trabajo, al presentarse vicios del consentimiento, al haber sido acosado laboralmente y ser un sujeto de especial protección dada la afectación física y mental y por ello, se debe reintegrar al actor a un cargo igual o de superior categoría, cancelando los salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales desde la desvinculación hasta su reintegro.

Como consecuencia de lo anterior, reclama se condene a la sociedad Productores de Envases Farmacéuticos S.A.S. al reintegro al cargo que venía desempeñando o a uno de mejor categoría, reconocer los salarios, prestaciones sociales, aportes al sistema de seguridad social integral y parafiscales desde la fecha en que fue desvinculado y hasta cuando se efectúe su reintegro y se reconozcan los derechos conforme a las facultades ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como pretensiones declarativas subsidiarias reclama la nulidad del contrato de transacción celebrado entre las partes por haberse suscrito con vicios del consentimiento, al ser acosado y presentar afectaciones en su salud física y mental y el contrato feneció el 26 de junio de 2019 sin justa causa, omitiendo informar al sistema de seguridad social sobre el infarto sufrido el 11 de octubre de 2018 y los gastos médicos generados fueron asumidos por el ex trabajador, además, se presentó incumplimiento en el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones entre el año 2014 a 2017 y 2019.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Reclama se condene subsidiariamente a la demandada a pagar la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa, realizar el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones entre el año 2014 a 2019 con el salario realmente devengado, incluyendo viáticos de alimentación y alojamiento, igualmente, se paguen los gastos médicos sufragados por el demandante, debiendo cancelarse en forma indexada estos conceptos y a pagar las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 7 a 22 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, se vinculó a PROENFAR S.A.S., mediante contrato de trabajo el 11 de enero de 1994; que prestó sus servicios hasta el 26 de junio de 2019; que el último salario devengado fue el de $27.058.380; que debido a los buenos resultados se creó la gerencia de calidad e infraestructura, a su cargo entre julio de 2004 y abril de 2012; que fue designado gerente de logística desde mayo de 2012 a agosto de 2014; que, fue enviado a México el 30 de agosto de 2014 para recibir el cargo al country manager de ese país; que su estadía en México se prolongó a solicitud del presidente de la compañía; que, durante el tiempo que estuvo en México devengó el mismo salario y le fueron pagados viáticos por alojamiento, manutención, transporte, en promedio de $2.113; que, las labores se prolongaron hasta febrero de 2016 en México; que desde el 1° de marzo de 2016 hasta el 12 de junio de 2017 lo designaron como gerente de ventas internacionales; que, durante la permanencia en México no le realizaron aportes al sistema de seguridad social teniendo en cuenta los viáticos; que solicitó al presidente de la compañía lo dejaran en México como Country Manager y tal propuesta fue aceptada; que, las funciones asignadas se limitaron al control administrativo; que, le fue informado que los gastos médicos serían asumidos con la tarjeta de crédito de la compañía, que, en mayo de 2018 tuvo una

urgencia médica y se percató que su tarjeta se vencía; que, la empresa violó las normas de seguridad social de ese país; que, la madre del demandante, fue internada en un centro hospitalario y al ser informado, iba a retornar a Colombia pero le solicitaron que dejara su cargo arreglado para la llegada de un delegado de presidencia, no obstante, una vez arribó al hospital, ya su madre había fallecido; que no pudo cumplir con su licencia de luto, dado que tuvo que retornar a México; que, al presentarse terremotos en Ciudad de México, empezaron las amenazas verbales frente al actor, con el fin de que, cumpliera las metas financieras y comerciales, con el fin de garantizarle el trabajo; que, en noviembre de 2017 empezó el proceso de venta de la empresa convocada; que en diciembre de 2018 se le requirió en Colombia para presentar a los compradores, la filial de México; que no le fueron entregados tiquetes para su regreso a Colombia, alegándose que, ya había utilizado todos los autorizados; que se autorizó la compra de tiquetes pero con regreso a México para efectuar el cierre del año, produciéndose un acoso psicológico; que recibía llamadas desde las 6 de la mañana y prestaba sus servicios a altas horas de la noche y fines de semana; que su cargo estaba en riesgo, dado que los nuevos dueños de la empresa, ya tenían a otra persona para que se encargara de la sucursal en Ciudad de México; que el presidente se comprometió a ayudarle a regresar a trabajar en la sucursal de Colombia; que entró en pánico al contemplar la posibilidad de quedarse sin trabajo y esto afecto su salud; que sufrió un infarto el 11 de octubre de 2018; que, los galenos tratantes determinaron que su padecimiento era atípico; que, para la época del quebranto de salud, no contaba con seguro médico; que, la empresa se encargó de pagar los gastos médicos, pero le hicieron firmar un pagaré, para que, estos gastos fueran pagados por el trabajador; que, los gastos post infarto fueron asumidos por el demandante; que, al presentarse la renuncia del country manager que estaba en México, él asumió el cargo mientras consiguieran a otra

persona; que en marzo de 2019 le informaron que debía regresar a Colombia sin trabajo; que fue citado por la oficina de talento humano y allí se le exhibieron dos cartas, una, retirándose voluntariamente y otra con despido sin justa causa; que en una reunión le expusieron que esto acarrearía un impacto financiero, para la empresa, el efectuar el reajuste de aportes al sistema de seguridad social; que la empresa expresó su voluntad de efectuar los pagos al fondo al que se encontrara afiliado el demandante; que fue amenazado con el no pago a una cuenta AFC y los gastos médicos, sino firmaba el acuerdo de transacción; que para la firma del documento, se encontraba afectado psicológicamente; que el vínculo laboral no fue terminado de mutuo acuerdo, esta fue unilateral y sin justa causa.

**CONTESTACIÓN: PRODUCTOS DE ENVASES FARMACÉUTICOS S.A.S. – PROENFAR S.A.S.,** fincó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, entre las partes si existió un contrato de trabajo, frente al acuerdo de transacción, señaló que, para la suscripción del documento el actor contó con asesoría legal. Como medios **exceptivos** formuló los de cosa juzgada, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación; improcedencia del reintegro y/o indemnización, desconocimiento del demandante del carácter indemnizatorio del seguro, prescripción, compensación, buena fe y pago (archivo 04 del expediente digital).

La parte actora presentó reforma a la demanda, en el sentido de indicar que el demandante había prestado sus servicios a favor de Proenfar S.A.S., desde el 11 de enero de 1994 y hasta el 16 de junio de 2019 y que el último salario devengado era de $27.058.380 mensuales (archivo 5 del expediente digital).

Con auto del 22 de febrero de 2022, el Juzgado de conocimiento admitió la reforma a la demanda y consecuencia de ello, se corrió traslado al demandado de esta (archivo 10 del expediente digital).

**PROENFAR S.A.S**., indicó que eran ciertos los hechos atinentes a los extremos temporales de la relación laboral, y que el salario al momento del retiro era de $16.843.023 (archivo 11 del expediente digital).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinte (20°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 9 de junio de 2022, en el que, resolvió; **absolver** a Proenfar S.A.S. de todas las pretensiones incoadas por el demandante; **declaró** probada la excepción de cosa juzgada y se abstuvo de resolver las restantes excepciones; **tercero; condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…finalmente reiteramos anteriormente que cómo se pudo establecer la parte demandante no trajo ningún documento contundente o prueba que se establecieran que el acuerdo transaccional se encontraba viciado de nulidad, ni se encontraron los elementos del error, fuerza o dolo o si se presentaron o no maniobras o argucias que hubieran llevado a encubrir en engaño al demandante para que firmara el acuerdo de transacción o que fue constreñido para hacerlo, ni se señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar además el demandante lo indicamos ocupó cargos directivos dentro de la empresa y el mismo día de la transacción contó con varias llamadas de asesoría jurídica por parte de sus abogados, ya había expresado sus expectativas de mutuo acuerdo, así lo aceptó al momento de absolver el interrogatorio de parte, situaciones que implicaron que la excepción de cosa juzgada fuera estudiada de fondo ya que no se probó dentro de este juicio algún vicio del consentimiento, así las cosas además de existir identidad jurídica de las partes también existe identidad de causa y objeto litigioso porque todo apunta a la terminación del vínculo laboral y las respectivas indemnizaciones o bonificaciones que ya fueron pactadas, controvertidas, discutidas al momento de la terminación de la*

*relación laboral el 16 de junio del 2019 y definido en el acuerdo de transacción de fecha 26 de junio del, del mismo año, por todo lo expuesto se encuentra probada también la excepción de cosa juzgada…".*

**RECURSO DE APELACIÓN:**

La apoderada del **demandante**, solicita la revocatoria de la sentencia, al estimar que se encuentran acreditados vicios del consentimiento del contrato de transacción, por otro lado, tampoco se consideró la falla de no afiliación al sistema de seguridad social en salud, para la fecha en que, sufrió un infarto el demandante; en tercer lugar, tampoco se tuvo en cuenta una prueba documental aportada, argumentándose para tal efecto, que había sido presentada en forma extemporánea.

**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**

**PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio* y las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y las inconformidades planteadas por la parte recurrente, esta Colegiatura en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer

como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar si la suscripción del acuerdo de transacción suscrito entre las partes, adolece de validez, al presentarse vicios del consentimiento o, si tal como lo estableció el *A quo,* se configura la excepción de cosa juzgada, en segundo lugar, si la falta de afiliación al sistema de seguridad social en salud en ciudad de México causó al trabajador perjuicio económico, al sufragar de manera directa dichos pagos; en tercer lugar, si se debe tener en cuenta prueba allegada por la parte actora o por el contrario, esta se aportó en forma extemporánea y finalmente, si el efectuar las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, con un salario inferior al realmente devengado, causó afectación al ex trabajador.

**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 de la reforma a la demanda; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT; en especial, contrato de trabajo a término indefinido (fl. 65 del archivo 01 del expediente digital); cláusula adicional al contrato de trabajo celebrado entre Proenfar Ltda. y el actor (fl. 67, 78 a 81, 84, 85, 88, 94 del archivo 01 del expediente digital); anexo contrato de trabajo acuerdo de ajuste del salario integral actual (fl. 70 del archivo 01 del expediente digital); otrosí al contrato de trabajo (fl. 71 a 77, 82, 83, 86, 87, 90, 93 del archivo 01 del expediente digital); manejo de información confidencial por parte de empleados (fl. 91 del archivo 01 del expediente digital); contrato de transacción (fl. 96 del archivo 01 y fl. 55 del archivo 04 del expediente digital); certificación emitida por Proenfar (fl. 102 del archivo 01 del expediente digital); títulos universitarios (fl. 103, 104 del archivo 01 del expediente digital); liquidación de contrato de trabajo (fl.

65 del archivo 01 y fl. 72 del archivo 72 del expediente digital); correos electrónicos (fl. 106 a 113, 118 a 122, 156 a 166, 209, 210 a 211, 227 a 322, 331 a 379, 384 a 423 del archivo 01 y fl. 62 a 65, fl. 102 a 109, 111 a 125, 128 a 136, 140 a 158, 160 a 202 del archivo 04 del expediente digital); assist card (fl. 114 del archivo 01 del expediente digital); certificado de Sacbe Travel (fl. 116 del archivo 01 del expediente digital); carta compromiso de pago innovaplast S.A. (fl. 65 del archivo 01 del expediente digital); notificación de aprobación de reclamo emitida por Assintance (fl. 123 del archivo 01 y fl. 110 del archivo 04 del expediente digital); liquidación de operaciones en moneda extranjera (fl. 124 a 126 del archivo 01 del expediente digital); orden de giro o transferencia al exterior (fl. 127 del archivo 01 del expediente digital); declaración de cambio por servicios, transferencias y otros conceptos (fl. 128 del archivo 01 del expediente digital); tiquete aéreo (fl. 29 del archivo 01 del expediente digital); reporte de hemodinamia (fl. 130 a 136 del archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 137 del archivo 01 del expediente digital); desprendible de pago (fl. 152, 153 del archivo 01 del expediente digital); salario, aportes, retenciones y aportes reportados a favor del demandante (fl. 154 del archivo 01 del expediente digital); carta dirigida al Instituto Nacional de Migración (fl. 169 del archivo 01 del expediente digital); estado de cuenta emitido por el centro hospitalario de México (fl. 197 del archivo 01 del expediente digital); informe de Anestesia H.E.S.C. (fl. 201, 2002 del archivo 01 del expediente digital); comprobante de pago (fl. 204 del archivo 01 del expediente digital); cuenta emitida por el Hospital El Español (fl. 207 a 209 del archivo 01 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 212 a 226 del archivo 01 del expediente digital); presentación gerencial de noviembre de 2017 (fl. 323 a 330 del archivo 01 del expediente digital); estructura organizacional grupo innova (fl. 380 a 383 del archivo 01 del expediente digital); organigrama

general de Innovaplast (fl. 424); certificación emitida por la demandada (fl. 61 del archivo 04 del expediente digital); facturas con claro (fl. 66 a 71 del archivo 04 del expediente digital); proceso de pago efectuado por Davivienda (fl. 73 del archivo 04 del expediente digital); facturas (fl. 75 del archivo 04 del expediente digital); programa profesional (fl. 77 del archivo 04 del expediente digital); active placement (fl. 78 a 98 del archivo 04 del expediente digital); políticas de gastos de viaje (fl. 99 del archivo 04 del expediente digital); reporte de pagos al sistema de seguridad social (fl. 203 a 252 del archivo 04 del expediente digital); desprendibles de pago de salario (fl. 254 a 440 del archivo 04 del expediente digital); formato de intermediación financiera (fl. 7 del archivo 05 del expediente digital); documentos (archivo 06, 07, 08, 09, 11 del expediente digital), probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que MAURICIO DE JESÚS ANDRADE STERLING laboró al servicio de la demandada PRODUCTORES DE ENVASES FARMACÉUTICOS S.A.S. – PROENFAR S.A.S. del 11 de enero de 1994 al 16 de junio de 2019, supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

**DE LOS DOCUMENTOS APORTADOS AL PROCESO**

Se duele la parte actora, tanto en el recurso de alzada, como al momento de corrérsele traslado de los alegatos de instancia, de no haberse dado valor probatorio a la documental acopiada en el archivo 17 del expediente digital, consistente en Certificados de Existencia y Representación Legal de la convocada a juicio, con los cuales se podría acreditar que el representante legal, para dicha data, no tenía facultad expresa para transigir con el demandante, 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, fue remitida vía correo electrónico al juzgado de conocimiento el 6 de junio de la presente calenda, y la audiencia obligatoria de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio, se celebró el 12 de mayo del mismo año (archivo 16 del expediente digital), oportunidad, en la que no fue decretada ni requerida la documental objeto de censura y por ello, en audiencia de trámite y juzgamiento celebrada el mismo 6 de junio se resolvió no tener en cuenta el escrito presentado, argumentándose para tal efecto, que estas habían sido allegadas en forma extemporánea.

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.

**ACREENCIAS LABORALES – COSA JUZGADA POR TRANSACCIÓN**

Liminarmente, necesario es indicar que la institución de la transacción se encuentra consagrada en el artículo artículo 2469 del Código Civil, que a la letra estatuye *«la transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa».*

Al ser la transacción un contrato, goza de determinadas características, coherentes con su naturaleza contractual, como su consensualidad que conduce a perfeccionarse con el solo consentimiento de las partes

de llegar a un acuerdo y ceder en sus pretensiones, necesita reunir los requisitos establecidos en las normas civiles para que esté revestido de validez, es bilateral, ya que las obligaciones son para ambas partes, es decir, cumplir lo establecido en el contrato de transacción, es intuito persona al estar en consideración de quien lo celebra, siendo esto tan importante, que si se cree transigir con una persona y se transige con otra, por esta causal, se puede rescindir el contrato, según lo establecido en el inciso segundo del artículo 2479 del código civil.

En cuanto a su validez en materia laboral, ésta depende de, si dicho acuerdo ha versado sobre derechos inciertos y por lo tanto discutibles, ya que no podrían afectarse los derechos ciertos e indiscutibles, pues se precisa recordar que en materia laboral rige el principio tuitivo en favor del trabajador, bajo la premisa de que la ley laboral tiene, según el artículo 1° del Estatuto Adjetivo Laboral, como *«finalidad primordial la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social»* y, que para la interpretación de las normas labores ha de tomarse como norte la finalidad expresada en dicho artículo.

Es por ello que, en asuntos del trabajo, el artículo 13 del CST contiene una proposición jurídica inexpugnable en cuanto aclara que la ley sustantiva solo consagra un mínimo de prestaciones; por lo que todo pacto realizado con vulneración de ese mínimo es nulo y carece de efectos.

Tal como lo enseño la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia con Rad. 46702 del 6 de agosto de 2014, al indicar:

> *«la autonomía de la voluntad de las partes de un contrato de trabajo y su poder de disposición no son absolutos, sino que están expresamente*

*limitados por el legislador, en los términos de los artículos 13, 14 y 15 del CST, en desarrollo de los principios fundamentales establecidos en el artículo 53 constitucional denominados «irrenunciabilidad a los beneficios mínimos laborales» y «facultad para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles».*

*De tal manera que los contratantes de la relación laboral subordinada deben respetar las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico laboral, las cuales constituyen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor del trabajador, y tener en cuenta que, por su carácter de orden público, los derechos y prerrogativas en ellas contenidas son irrenunciables, por tanto i) no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca ese mínimo, y ii) se considera válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando verse sobre derechos ciertos e indiscutibles*»

Ahora, viable también es memorar que al tenor del artículo 2483 del Código Civil, el contrato de transacción tiene efectos de cosa juzgada.

De manera que, atendiendo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, procede esta Sala de Decisión a definir si con el contrato suscrito entre las partes en conflicto se afectan o no derechos ya definidos y por tanto ciertos. Categoría que han sido entendida por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en proveído con radicación 32051 de 17 de febrero de 2009, al adoctrinar:

*«Al respecto, se comienza por recordar que esta Sala de la Corte ha explicado que "… el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991*

*como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332)*»

Ahora, en lo que comporta al documento suscrito, habrá de señalarse que, no se ha discutido la validez del mismo, al punto que, en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, este refirió haber interferido en su construcción.

En lo que atañe a su contenido, debe precisarse primeramente que, si existe identidad de partes, de acuerdo a la información contenida a folios 99 y 100 del archivo 01 del expediente digital, atinente al contrato de transacción, en el cual, se señala:

*«1°. Entre EMPLEADOR y TRABAJADOR existió un contrato de trabajo que inició el 11 de enero de 1994 y por mutuo acuerdo optaron por terminar el 16 de junio de 2019; que el último cargo desempeñado fue el de Gerente de Ventas de Exportación; que el último salario en la modalidad de integral fue de $27.058.380.oo (salario integral más viáticos por alimentación y alojamiento), y que los derechos y acreencias que le correspondieron le serán cancelados en esta oportunidad.*

*2°.- Durante el tiempo en que el contrato de trabajo estuvo vigente EL EMPLEADOR inscribió al TRABAJADOR en la Seguridad Social e hizo los aportes en salud, riesgos y pensiones.*

*3°.- Las acreencias laborales que le corresponden al trabajador y ya hechas las deducciones correspondientes, ascienden a $275.054.019.oo, suma que le será cancelada en esta misma oportunidad como adelante se indica.*

*4°- Teniendo en cuenta que la transacción es un contrato en el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o previenen otro eventual en los términos indicados en el artículo 15 del Código Sustantivo de Trabajo, se transan las diferencias que pudieran existir por cualquier causa, ya por salariales y otros reconocimientos que pudieren tener o no esa naturaleza, auxilios, recargos diurnos y nocturnos, trabajo en dominicales y festivos, viáticos, compensatorios,*

*acreencias, vacaciones e indemnizaciones legales o extralegales de todo orden, todo ello de la manera siguiente:*

a. *Las acreencias por $43.097.457.oo se cancelan en esta misma fecha mediante transferencia a la cuenta de ahorros (…)*
b. *Como el EMPLEADOR dejó de aportar por los viáticos de alimentación y alojamiento entre junio de 2017 y junio de 2019, le solicitará a COLPENSIONES el cálculo actuarial respectivo sobre la base de $5.522.626.oo que es la diferencia entre el ingreso base de cotización real y el límite máximo de aportes a pensión (veinticinco salarios mínimos legales mensuales), e informará al trabajador cuando se realice el pago referido entregando la copia del pago realizado.*
c. *El EMPLEADOR le cancelará al EXTRABAJADOR la suma de $398.102.129.oo a título de bonificación como transacción y que le será pagada de la manera siguiente: (i) La suma de $125.000.00.oo a consignar dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, a nombre del EXTRABAJADOR en la cuenta que éste tiene en AFC DAVIVIENDA y, (ii) en el mismo término, la suma de $231.956.562.oo, mediante transferencia a la cuenta del EXTRABAJADOR (…), previa la firma de los comprobantes respectivos.*

*Consecuentes con lo pactado es también la manifestación que hacen las partes al declararse mutuamente a paz y salvo por todo concepto en los términos indicados, por las relaciones y por las posibles obligaciones que hubieren podido existir entre las partes y, en constancia firman hoy 26 de junio de 2019 (…)»*

Frente a los derechos transados y con referencia a las pretensiones que son materia de debate en el presente asunto, se tiene que, fue objeto de transacción el pago de acreencias laborales, salarios, auxilios, recargos diurnos y nocturnos, trabajo en dominicales y festivos, viáticos, compensatorios, acreencias, vacaciones e indemnizaciones legales o extralegales, así como una bonificación y el pago ante Colpensiones, de las diferencias entre el salario devengado y el que realmente correspondía, que tuvieron a bien incluir en su acuerdo transaccional con fundamento en unas inquietudes y reclamos que había elevado el ex trabajador, en forma previa.

Por otro lado, pero no menos importante, de acuerdo con el criterio jurisprudencial antes citado, y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, que a la letra señala;

> "*Artículo 132. Formas y libertad de estipulación*
> *2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.*
>
> *En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía…*"

Luego entonces, el demandante para el año 2019, devengaba una suma superior a los treinta y dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (828.116 x 32 = $26.499.712) y en su salario se estaban cubriendo, las cesantías, intereses a las cesantías, horas extras diurnas, nocturnas, recargos, dominical, cesantías, intereses a las cesantías, no encontrándose en este ítem, afectación a derechos ciertos e indiscutibles.

En lo tocante a las vacaciones, este derecho se torna, en un derecho cierto y por lo tanto indiscutible que no permitía ser transigido por las partes, sin embargo, estima esta Colegiatura, que tal concepto fue incluido en el pago de la suma de $43.097.457, sin que se evidencie una vulneración a los derechos ciertos.

De acuerdo con el criterio jurisprudencial antes citado, estima la Sala que los referidos conceptos, no ostentan la calidad de derechos ciertos y por lo tanto indiscutibles que impidieran ser transigidos por las partes, acuerdo que como se aprecia, implicó el pago de la suma de $398.102.129 como capital bruto, sin que se evidencie una vulneración alguna a los derechos del trabajador, y por tanto, las partes podían transar los posibles derechos prestacionales del demandante, razón por la cual el acuerdo al que llegaron sobre tales aspectos constituye cosa juzgada y en esa medida quedar arropado por el principio de intangibilidad que presupone dicha institución.

Dimanando en la confirmación del fallo de primer grado en este aspecto, pero por las razones esgrimidas en la presente providencia.

**VICIOS DEL CONSENTIMIENTO**

Alega el promotor litigioso, sentirse presionado al momento de firmar el acuerdo de transacción, por lo que, se procederá a valorar las pruebas acopiadas al haz probatorio.

Tiene la Sala que, Mauricio de Jesús Andrade Esterling, informó que, previo a la suscripción de la transacción el 26 de junio de 2019, "*yo llame a la abogada antes de la terminación, antes de la reunión del 26 dentro del proceso de asesoría solicitado por mi parte para poder asistir a esa reunión"*; que recibió por parte de Proenfar el pago de $398.102.129, sin embargo, aclaró que, "*estimo este valor debido a las condiciones que me fueron impuestas para poder hacer esta firma, aclaro que para poder firmar por este valor, si no lo hacía me informo el señor Edgardo Patarroyo en ese momento que corría el riesgo que la compañía no me consignara en mi fondo, mi fondo de vivienda, el fondo que tiene un beneficio tributario el valor que sé que la empresa tiene la potestad de girarlo o no, yo solicite el favor de que parte del, de ese valor me fuera consignado en este fondo para poder tener un beneficio*

*tributario que era cerca de 27, $28.000.000 y dijo que si no lo hacía, si no firmaba por ese valor pues la compañía no estaba obligada a consignarme y se perdía ese beneficio*" y en segundo lugar, lo retirarían de un curso que se encontraba adelantando para afrontar la transición laboral y finalmente, que el dinero sería consignado en una entidad financiera y no tendría la disponibilidad de ellos en forma inmediata; por lo que, se sintió asustado al contar solo con su salario para vivir y firmó el documento.

Al ahondar más frente a la suscripción de la transacción, este fue enfático en informar que, "…*yo hable con la doctora Beatriz Penagos, lo hicimos también en la reunión del 14 de junio donde me presentaron 2 cartas, una donde yo renunciaba y otra donde me despedían con un valor donde no se contemplaba los viáticos permanentes que obtuve durante los últimos 2 años como parte de la liquidación final de mi contrato de trabajo, en ese momento le exprese mis pretensiones era que se incluyera obviamente los viáticos permanentes, que esos viáticos permanentes también deberían ajustar los 2 años de aporte a seguridad social y que yo contaba con una situación de salud por un infarto que había sufrido unos pocos meses antes y que tenía un estado de salud especial para mi retiro que implicaba también una indemnización especial y el reconocimiento de los gastos médicos por él, por el pago de la hospitalización, gastos médicos, las terapias de recuperación cardiovascular, todos estos gastos ascendían a la suma cercana de $95.000.000 redondeando, esas eran mis pretensiones, porque finalmente me fue obligado, fui obligado a firmar un pagare para el préstamo del giro de esos gastos médicos, entonces yo hice el trámite con la tarjeta y con las tarjetas de crédito mías para buscar el beneficio del reembolso de esos viáticos*", a renglón seguido informó que, la reunión del 26 de junio, "…*era una citación una nueva citación que me hizo la compañía no para llegar a un acuerdo, era porque la reunión el 14 de junio, la liquidación que me presento, la cifra que me presento Proenfar pues no era acorde a mis expectativas, yo hice un, unos requerimientos de cuales eran mis expectativas y era para sentarnos y mirar nuevamente cuál era la propuesta de Proenfar de acuerdo a las expectativas que yo había manifestado de acuerdo a los errores que se habían*

*presentado en la primera reunión porque el valor base estaba mal calculado y e íbamos a mirar nuevamente cuál era esa cifra…*".

Al unísono informó que, había leído el acuerdo y posteriormente lo había firmado, "…*sin embargo insisto en la firma del acuerdo la hice por el temor que me generaba a mí el perder ese beneficio tributario…*"

A su turno, Edgardo Isidro Patarroyo Durán, quien funge como representante legal de la convocada a juicio, informó que, el día de la suscripción del documento, se reunió con el demandante y la señora Beatriz Penagos, quien es la gerente de talento humano de la empresa, que el señor Orlando Ramírez, ingresó al recinto, "*entró por un tiempo como de 15 minutos, 10, 15 minutos para explicarle a Mauricio el efecto de la retención en la fuente*", sin que él hubiera hecho mención a otros temas.
La señora Beatriz Penagos Marmolejo como trabajadora de la demandada, informó que, el contrato suscrito por el señor Andrade con Proenfar, había fenecido por mutuo acuerdo, el cual se materializó con el contrato de transacción y resulta conteste con lo dicho por el representante legal de la compañía, al indicar que, en la diligencia, estuvieron presentes el señor Patarroyo, el actor y ella "…*en el transcurso de la reunión nos acompaña el señor Orlando Ramírez que es nuestro contralor general para explicar unos temas puntuales tributarios de retención en la fuente*", que previo a la firma del documento se reunieron con el señor Mauricio y él expuso "*sus pretensiones dentro de, de la, la terminación por mutuo acuerdo, me dice que él ha estado pues digamos consultando varias firmas de abogados, me menciona 3 firmas de abogados dentro de las cuales una de ellas es la oficina de la doctora Fanny Rodríguez quien lo representa hoy en día y me hace algunas, como algunos comentarios sobre sus expectativas o pretensiones de lo que a él le gustaría que se incluyera dentro de ese mutuo acuerdo que le iba a trabajar, eso fue el día 14 de junio y luego tuvimos una llamada telefónica el día 19 de junio donde además me expresa que pues concretamente él aspira a que la compañía le reconozca los*

*$90.000.000 que, que tuvo por su evento cardiaco y que también quiere que se le tenga en cuenta los 6 años que le faltan para cumplir su edad de pensión que eso más o menos daba $420.000.000 como él me lo expresó en esa ocasión*".

En las reuniones adelantadas con el señor Mauricio, él no estuvo acompañado, pero se comunicaba telefónicamente en forma permanente con alguien, aunque no sabía quién era su interlocutor, cuando regresaba de atender la llamada, aceptaba lo ofrecido, al auscultársele respecto a la oposición u aceptación de las cifras ofrecidas, indicó que, Mauricio aceptó la oferta realizada y tampoco informó sobre "*ninguna molestia ni física, ni emocional, realmente lo que sí mencionó es, bueno es que es un poco difícil pensar que a esta altura de mi vida tengo que empezar a mirar que hacer, si volver a vincularme en un trabajo o si de pronto hacer alguna otra cosa que no es sencilla, pero era un poco más bien la expectativa y la incertidumbre de saber qué iba a pasar de ahí en adelante*".

En la reunión realizada, nunca se le dijo al demandante, que, si no firmaba el contrato, la empresa le cancelaría el curso que se encontraba adelantando y que la compañía había adquirido por el término de tres meses.

Luis Orlando Ramírez Reyes, en calidad de contador público de la empresa, informó que, estuvo presente en la firma del contrato de transacción "*a mí me llamaron pues para dar un concepto sobre cuál era la mejor manera de optimizar el descuento de retención en la fuente por la liquidación del contrato y pues yo expuse mis posibilidades que me acuerdo que eran dos, una hacer una, una consignación en un, en un fondo privado de pensiones y la otra era un aporte o una consignación en una cuenta AFC, digamos que básicamente eso y también pues les comenté que no podría, la ley no permitía que fuera o para efectos de la optimización de esa retención en la*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

*fuente pues la ley permitía hasta el 30% de lo que iba a recibir el trabajador en su, en su liquidación del contrato de trabajo…"* y para la época ostentaba la calidad de representante legal, de acuerdo a la designación realizada por la asamblea y el señor Mario Vergara directamente.

Por otro lado, Fernando Medina Garavito, en lo tocante a la suscripción del contrato de transacción, no tuvo contacto directo con el demandante, dado que, prestó sus servicios hasta diciembre de 2018 y el vínculo de las partes aquí intervinientes finalizó en junio de 2019.

El señor José Andrés López Rodríguez, es amigo del demandante, pero fue trabajador de la convocada desde enero de 2010 hasta junio de 2020, sin embargo, no tuvo conocimiento de la terminación laboral entre las partes, ni intervino en esta decisión.

De las exposiciones señaladas, no sobra indicar, que la Corte Suprema de Justicia ha señalado, que para que una transacción pierda validez, se debe demostrar la existencia de un vicio del consentimiento. Así lo indicó la alta Corporación, en sentencia SL3144-2021 del 2021, al enseñar:

> *"Ahora, también es jurídico el razonamiento de la censura relativo a que el ad quem adujo que la transacción para dar por terminado el contrato de trabajo no podía ser cuestionada por vicios en el consentimiento porque el trabajador simplemente la suscribió y ello implicaría que se trataría de una presunción legal, planteamiento que no puede ser abordado por la vía fáctica.*
>
> *En síntesis, en este caso en particular el actor no acreditó a través de medios de convicción calificados que hubo coacción por parte de la empresa para la suscripción del plurimencionado acuerdo…."*

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que el demandante no demostró que la transacción aludida, estuviera revestida de algún tipo de vicio del consentimiento, esto es, error, fuerza, dolo, pues nótese,

que el mismo demandante, en interrogatorio de parte informó que la empresa le había puesto en su consideración el acuerdo transaccional en forma previa a la firma del mismo, y consecuencia de ello, el actor buscó asesoría de una abogada, con el fin de dilucidar unas dudas que tenía al respecto, por otro lado, ninguno de los testigos dan fe, como se vio en forma precedente, que al señor Mauricio se le hubiere dicho que, perdería la posibilidad de continuar en el curso de transición de empleo, ni tampoco que, la empresa no pagaría el monto acordado en forma pronta, pues, lo que le expuso, el contador de la empresa, fue temas atinentes a la parte tributaria.

Por lo anterior, se confirmará la sentencia objeto de apelación, en el sentido de absolver a la demandada, de las pretensiones atinentes a la nulidad del acta de transacción.

**OBLIGACIÓN DE AFILIAR AL TRABAJADOR**

Alega la parte actora, que al demandante se le debió afiliar al sistema de salud en Ciudad de México durante el interregno de tiempo que prestó sus servicios en dicha ciudad, por lo que, en este ítem, esta Colegiatura debe realizar varias precisiones en forma previa.

En primer lugar, debe señalarse que, el señor Mauricio Andrade Esterling, fue contratado en Colombia por la empresa Proenfar y para los años 2017 a 2019, esta lo envío a prestar unos servicios a la planta que tenía la empresa en Ciudad de México.

Conclusión a la que se arriba de acuerdo a la liquidación efectuada a la fecha del finiquito contractual y el mismo acuerdo de transacción, en el que, se registró como extremos del vínculo laboral, el 11 de enero

de 1994 hasta el 16 de junio de 2019, incluyéndose de esta manera el interregno de tiempo laborado en el extranjero.

Por otro lado, la empresa Proenfar realizó durante el lapso de tiempo indicado, el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud, y riesgos laborales tal como se puede avizorar con el reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones, las planillas de pago del reajuste de salario sufragado por la convocada a juicio y los desprendibles de nómina acopiados al cartapacio procesal (folio 137 del archivo 01 y fl. 223 a 225 y fl. 229 a 252; fl. 358 a 439 del archivo 04 del expediente digital).

Luego entonces, la norma aplicable para el reconocimiento y pago de acreencias prestacionales (salud, pensión, riesgos laborales), de conformidad a lo dispuesto en el artículo 2° del Código Sustantivo del Trabajo, es la colombiana y por ello, Proenfar estaba en la obligación de asumir los pagos al sistema tal y como se avizora de las pruebas anteriormente enunciadas, máxime que en el sub examine se encuentra acreditado que desde Colombia se ejerció el poder subordinante al trabajador[2].

Ahora bien, no desconoce esta Colegiatura, que, Proenfar, efectuó el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, por un salario inferior, al que realmente correspondía, para el período 2017 a 2019, cuando el demandante se encontraba prestando servicios en el extranjero, sin embargo, la convocada a juicio, se comprometió a pagar las diferencias ante las entidades del sistema de seguridad social y consecuencia de ello, reportó o registró ante Colpensiones, el pago de las diferencias salariales y la consecuencial mora causada hasta agosto de 2019 (fecha en que se efectuó el pago), por lo que, en este punto, tampoco

[2] Sentencia CSJ SL9240 de 2017

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se avizora una transgresión o vulneración de los derechos del trabajador (fl. 229 al 252 del archivo 04 del expediente digital).

**DEL REEMBOLSO DE GASTOS MÉDICOS**

Otro motivo de inconformidad es frente a los gastos médicos sufragados por el demandante, en Ciudad de México, cuando sufrió un paro cardiaco y tuvo que ser internado e intervenido quirúrgicamente.

En primer lugar, debe precisar esta Sala de Decisión que, se equivocó el juez de primera instancia, al concluir que los gastos médicos fueron objeto de transacción, pues, en el acuerdo celebrado entre las partes, en manera alguna, se indicó en forma clara, que se incluía dentro del arreglo dinero, suma alguna por este concepto, por lo tanto, frente a este ítem, no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

Es así, como para resolver la inconformidad exteriorizada por la parte actora, parte esta Sala de Decisión del hecho indiscutido, que el señor Mauricio Andrade ingresó al servicio de Urgencias en el "Hospital Español" en Ciudad de México el 11 de octubre de 2018, al sufrir un "*Infarto Agudo del Miocardio posteroinferior*"[3], y, que, debido al padecimiento médico sufrido, estuvo hospitalizado desde el 11 hasta el 16 de octubre de 2018, en el centro médico y que la atención tuvo un costo de "*488.289,58*" mexicanos, de acuerdo a lo expuesto en documento emitido por la aseguradora Axa (fl. 123 del archivo 01 del expediente digital).

Presentándose controversia frente a quién es el llamado a responder por el pago de los gastos médicos, ocasionados en Ciudad de México.

[3] Folio 134 del archivo 01 del expediente digital

Para resolver la bifurcación planteada, se tiene que, de acuerdo a lo expuesto por el representante legal de Proenfar, Edgardo Isidro Patarroyo Durán, el demandante no contaba con servicio médico en Ciudad de México, sin embargo, la empresa, "…*dentro de las políticas y las normas de la compañía para las personas que por alguna trabajo específico en el exterior el pasaje o el tiquete, se compra con una tarjeta corporativa, esa tarjeta nos da una permanencia, una cobertura de 60 días ininterrumpidos en el exterior, una vez terminados los 60 días pues tenemos que hacer una cobertura si el empleado sigue laborando o haciendo un trabajo fuera del país, a Mauricio se le indico en un mail que debía pues tramitar la compra del seguro en México*", agregando a su dicho, que la sociedad remitió cotización al demandante, para contratar los servicios médicos en dicho país, sin embargo, "*omitió hacer esa contratación*".

En lo tocante al pago de los servicios médicos, informó que, "*Mauricio cuando presentó la urgencia él mismo le manifestó al gerente de ventas de Innova que pues él no había hecho la contratación del seguro, Andrés lo que percató de que Mauricio había viajado con una tarjeta Black que eso tenía alguna cobertura, Mauricio voluntariamente propuso que él podía pues hacer la reclamación de él, sobre esa tarjeta, sobre la franquicia del seguro, quién pagó los gastos fue Innovaplas, eso se pagó con una tarjeta corporativa de Innovaplas solo que para que Mauricio pudiera hacer la reclamación al seguro, se pidió que las facturas salieran a nombre de Mauricio, Mauricio nunca colocó un peso de la atención de esa, esa urgencia, Mauricio con esos documentos pues hizo la reclamación ante el seguro y cuando él recibió el reembolso de esa, de esas facturas pues fue cuando el hizo la transacción y cubrió digamos que la parte que había desembolsado Innovaplas en su momento*"; por otro lado, tampoco se le hizo firmar ningún pagaré, tendiente a obtener la devolución del dinero, sino que, la suscripción del documento, denominado "*CARTA COMPROMISO DE AGO INNOVAPLAST S.A. DE C.V. PAGO URGENCIA HOSPITALARIA – HOSPITAL ESPAÑOL*" se realizó para formalizar la salida del dinero de la empresa en México.

El señor Mauricio Andrade a su turno, informó que, Proenfar si adquirió un seguro médico en Ciudad de México, sin embargo "…*estuve asegurado 3 semanas mediados de agosto hasta que yo viajé en ese momento perdón a finales de septiembre, a finales de septiembre, ese mes estuve yo asegurado aclaro las fechas, desde mediados de agosto hasta media, hasta finales de septiembre porque yo viajaba a Colombia, entonces no se justifica tener un seguro que iba a estar unos días en Colombia, regresé a México y ahí fue donde no se vio la renovación del seguro, la renovación del seguro*" y la suspensión del pago del seguro, por el tiempo que estuviera en Colombia.

Al auscultársele frente a un reembolso recibido por gastos médicos por la aseguradora Axa, por valor de $25.606 dólares, este informó que, "*si, la compañía Axa de mi tarjeta personal visa que fue con la que compré los tiquetes, esos que hablamos del 27 de septiembre fue la que me hizo la renovación en vista de que no tenía seguro médico, yo vi que podía y que me hicieron firmar un pagaré para reembolsar esa plata porque me la prestaron para los gastos, entonces yo hice el trámite con la tarjeta visa, el seguro de ellos es Axa y reembolso el 27, ese dinero no cubre el 100% de los gastos médicos porque cuando uno hace todas las solicitud pues salen más gastos, más gastos, más gastos pero si ese valor que usted está diciendo*", agregando en este aspecto, que a la hora de realizarse el desembolso, la tasa de cambio era diferente a la devuelta a la empresa de México, perdiendo una suma de dinero, en dicha transacción.

En lo que interesa a este punto, el señor José Andrés López Rodríguez, informó que laboró en Ciudad de México, para el mismo interregno de tiempo del señor Mauricio y que este, no tenía seguro médico en dicho país, al no ser un trabajador en dicho país, además, de no contar con una residencia temporal o permanente tampoco podía afiliarse en salud; frente al padecimiento de salud sufrido por el demandante, expuso que, "*El día que Mauricio se infartó, él me llama y me dice que se está*

*sintiendo mal yo voy bajando hacia la oficina, digo bajando porque yo vivo en México como en la parte arriba de la ciudad, entonces el me llama, le digo que ya voy para allá y empiezo a ver como soluciono el tema para él y cómo solucionar el tema, lo recojo donde vive, el en ese momento se está sentado en la puerta esperando que llegue, lo subo prácticamente muy mal y empezamos a andar como locos al hospital más cercano pues yo había investigado y lo lleve al hospital Español, lo ingresé por urgencias a que, le atendieran el tema que tenía en ese momento, ya después revisamos que era un infarto lo que le estaba sucediendo*"

Para efectuar el pago en el ente hospitalario, informó, que, al no tener el seguro internacional vigente, le "*sugerí que lo hiciera con su tarjeta de crédito*" y a renglón seguido informó que, "*dejamos una tarjeta de crédito de Mauricio inicialmente como garantía porque acá hay que dejar como Voucher abierto, entonces dejamos una tarjeta de crédito de Mauricio y empezamos a hacer personalmente todas las llamadas para que ese seguro de la tarjeta de crédito le cubriera el siniestro que estaba sufriendo en ese momento*", sin embargo, al indicársele si los gastos médicos habían sido sufragados por el actor, este fue enfático en señalar que, "*No, así no fue, la tarjeta de crédito de Mauricio fue la que se dejó en garantía, luego yo me comuniqué con el Corporativo en Colombia, les informe todo lo que estaba pasando y como estaba haciendo y que se había hecho porque el otro seguro no funcionaba, se dijo que estaba por ahí y ya, en el momento le hicieron todo lo que le tenían que hacer a Mauricio digamos la operación para su tema y luego ya al salir yo recibí instrucciones de ir a pagar con la tarjeta corporativa de la empresa ir a pagar el tema del pago con la tarjeta American Express local, fui y pague, no alcanzaba a cubrir todo el cupo porque era siempre un gasto bastante grande, entonces la parte que faltaba la pagó Mauricio, pero pagó digamos que una pequeña parte, como un 15% o 20% pagó más o menos, lo pago Mauricio y el resto lo pague yo con la tarjeta corporativa de la empresa, no es mía si no se la empresa*"

Es así, como se presentan varios interrogantes, en este evento, pues, se itera, el padecimiento médico, acaeció en Ciudad de México y los aportes al sistema de seguridad social estaban pagándose en Colombia, en segundo lugar, por cuanto, la aseguradora Axa devolvió a favor del demandante, los gastos médicos ocasionados en México.

Bajo tales premisas, no puede obviar esta Sala de Decisión, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 100 de 1993, el Estado garantiza el derecho a la seguridad social en salud, a "*todos los habitantes del territorio nacional*", es decir, que se encuentren en Colombia.

Por otro lado, en el artículo 59 del Decreto 806 de 1998, el cual fue derogado por el Decreto 2353 de 2015, estipuló en el artículo 17, la obligatoriedad de afiliarse al sistema de salud, "*…para todos los residentes en Colombia salvo para aquellas personas que cumplan los requisitos para pertenecer a uno de los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente*", reiterando de esta manera que los colombianos que prestaran sus servicios fuera de este territorio, no tenían la obligación de cotizar a salud, pero, podían cotizar al sistema de seguridad social en pensiones, en forma voluntaria y no obligatoria.

Pese a lo anterior, el mismo actor, señala en el interrogatorio de parte, "*…Santiago estaba recién egresado de la Universidad, tenía un salario mínimo como, y todavía sigue obviamente en una etapa de crecimiento, dependían económicamente de mí para, para, en ese momento Santiago estaba comenzando su vida, su vida profesional, comenzando sus ingresos profesionales con un salario mínimo era imposible para él ser auto sostenible, yo sigo pagando los gastos médicos de mi familia actualmente y sigo respondiendo por ellos, mi otro hijo acaba de graduarse, estaba en ese momento estudiando, soy separado le respondo también, económicamente por la parte que me corresponde en el acuerdo con mi ex señora, entonces seguía*

*respondiendo en ese momento*", pudiéndose inferir que el trabajador, tenía para la data de ocurrencia de los hechos, afiliado a su grupo familiar en salud como sus beneficiarios y por ello, se continuaron realizando aportes a este sistema.

De ahí que, en principio, se llevaría a esta Sala de Decisión a ordenar el reconocimiento y pago de los gastos médicos pagados en Ciudad de México en el año 2018, sin embargo, no se pasa inadvertido que, en el interrogatorio de parte y de acuerdo a la documental acopiada a folio 123 del archivo 01 del expediente digital, obra documento emitido por "*Axa Assistance USA*", en el que informan el 29 de noviembre de 2018, al reclamante que,

> *"AXA Assistance USA ha revisado su solicitud y toda la información adicional proporcionada. Los Beneficios de Emergencias Médicas de VISA serán aplicados de acuerdo a los Términos y Condiciones de este programa. Por favor, acepte esta carta como comprobante de pago de los montos siguientes".*
>
> *MXN $488.289.58*
> *Fecha de asistencia: del 11/10/2018 al 16/10/2018*
>
> *El monto correspondiente a su reembolso se enviará a través de transferencia bancaria internacional. Por favor, póngase en contacto con su banco dentro de dos semanas para que ellos puedan localizar la transferencia y acreditar el dinero correspondiente a su cuenta..."*

Y a folio 124, reposa la liquidación para operaciones de moneda extranjera efectuada por Scotiabank Colpatria el 24 de diciembre de 2018, en el que se registra que, "*DECLARO ANTE SCOTIABAN – COLPATRIA QUE LOS FONDOS PROVIENEN DE: Reembolso por emergencia médica en el exterior, por un infarto al miocardio sufrido en Médico*" y señalándose como valor en dólares, la suma de $25.606,39 y en pesos colombianos, la suma de $82.708.639.70.

Fue así como el 26 de diciembre, el actor, hizo una transferencia a la empresa Innovaplast SA DE CV, por valor de $69.243.200, equivalentes a dicha data, a $20.800 dólares, pero en este punto, debe aclararse que dicha empresa, es totalmente ajena al presente trámite, por lo que, en manera alguna, se puede concluir que, corresponde a la convocada a juicio.

Por otro lado, resalta esta Sala de Decisión que, en el caudal probatorio obran las siguientes facturas de servicios[4]:

| Folio | Fecha | Concepto | Valor Pagado en Peso Mexicano |
|---|---|---|---|
| 132 | 15/10/2018 | Cardiología - Honorarios | $70.000 |
| 133, 200 | 22/10/2018 | Cardiología - Honorarios | $30.000 |
| 198 | 16/10/2018 | Factura Servicios | $344.173 |
| 205 | 13/11/2018 | Servicios Clínicos | $4.946 |
| **Total** | | | **$449.119** |

Los anteriores valores, resultan inferiores a los reconocidos por la aseguradora Axa, para diciembre de 2018, el cual corresponde a $488.290 pesos mexicanos, sin embargo, este valor, no fue pagado en dicha moneda, sino en dólares americanos, no pudiéndose echar de menos que dicha moneda conserva mejor la capacidad adquisitiva que el peso mexicano y también el colombiano.

Dadas las anteriores argumentaciones se puede concluir que, los gastos médicos, aunque en principio fueron pagados por el demandante, estos fueron devueltos, en un valor superior al acreditado en el presente trámite litigioso, por la aseguradora Axa, respecto a una tarjeta de la cual era titular el actor, por lo cual, no se avizora un

[4] Fl. 198 del archivo 01 del expediente digital

perjuicio, en cabeza del demandante y por ello, no se ordenará la devolución de los conceptos reclamados.

En lo tocante, a las diferencias causadas al momento de recibir el pago por parte de la aseguradora y lo realmente pagado en centro hospitalario de Ciudad de México, no se acreditó al cartulario, el monto de las diferencias dinerarias causadas en detrimento de su patrimonio, por lo tanto, tampoco se puede acceder a tal pedimento.

**COSTAS.**

En esta instancia se impondrá condena en costas a cargo del demandante y a favor de Proenfar.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinte (20º) Laboral del Circuito de esta ciudad, en audiencia pública celebrada el día 9 de junio de 2022, en el proceso ordinario laboral seguido por **MAURICIO DE JESÚS ANDRADE STERLING** CONTRA **PRODUCTORA DE ENVASES FARMACÉUTICOS S.A.S. - PROENFAR**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**SEGUNDO: COSTAS.** En esta instancia estarán a cargo del demandante y a favor de Proenfar.

***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 de la Ley 2213 de 2022.***

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**AUTO DE PONENTE**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Mauricio de Jesús Andrade Sterling y a favor de la demandada, Proenfar S.A.S., en la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE ($500.000).

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CECILIA PATRICIA CHAPARRO MALDONADO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintitrés (23) días del mes de septiembre 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 2022[1]; 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 a la abogada Northey Alejandra Huérfano Huérfano, identificada con C.C. No. 53.074.475 de Bogotá y

---

[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»*

portadora de la T.P. No. 287.274 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones, conforme al poder de sustitución allegada vía correo electrónico.

**S E N T E N C I A**

**DEMANDA**: La señora CECILIA PATRICIA CHAPARRO MALDONADO, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado a Porvenir S.A., por la indebida información suministrada por el fondo privado y se ordene a Colpensiones y Porvenir S.A., a anular el traslado efectuado el 1° de abril de 1996.

Consecuencia de lo anterior, se ordene a Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de ahorro individual y al ente del RPM a recibir sin solución de continuidad y actualizar la historia laboral a la afiliada, se condene al pago de costas y agencias en derecho, así como a reconocer derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 3 del archivo 02 del expediente digital, que en síntesis advierten que, nació el 12 de noviembre de 1965; que, se afilió al sistema de seguridad social en noviembre de 1990; que, el 1° de abril de 1996 se trasladó a Porvenir en forma libre y voluntaria, pero sin la suficiente ilustración; que, cuenta con 1.139 semanas cotizadas durante su vida laboral; que, a la afiliada no le informaron de la posibilidad de retornar al RPM antes del 12 de noviembre de 2012, fecha en que, cumplía los 47 años de edad; que de acuerdo a la proyección realizada por Porvenir, la mesada

pensional resulta disímil a la que se reconocería en el RPM; que, elevó derecho de petición ante Porvenir y Colpensiones el 15 de julio de 2020.

**CONTESTACIÓN**: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, no obra prueba que demuestre que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error o que se haya presentado algún vicio del consentimiento. Como medios **exceptivos** propuso los de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica (archivo 07, documento 07.1 del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** fincó su oposición a las pretensiones incoadas al estimar que, el traslado efectuado por la demandante, se había efectuado en forma libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haberse brindado información sobre el funcionamiento del RAIS. Propuso como **excepciones** las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 011 del expediente digital).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Cuatro (34°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 27 de julio de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado

efectuado por la demandante al RAIS el 1 de junio de 1996 a Porvenir; **declaró** válidamente afiliada a la actora al RPM; **condenó** a Porvenir a reintegrar a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses o rendimientos causados, sin lugar a descontar valores por concepto de administración; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** a Colpensiones a recibir los valores que reintegre Porvenir; **condenó** en costas a Porvenir; **ordenó** la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…En consecuencia y conforme a lo aquí planteado, considera el despacho que la afiliación realizada por la demandante, Cecilia Patricia Chaparro Maldonado a la sociedad AFP Porvenir S.A., con fecha de solicitud de vinculación 18 de abril de 1996, 15 de abril de 1996, se torna ineficaz por la falta de información de la entidad pensional, siendo esta una condición plenamente esclarecida en el respectivo debate probatorio. De esta manera y demostrada como se encuentra la afectación a la que está inmersa la demandante, pues, al no haberse por parte del fondo privado proyección alguna, respecto de la mesada pensional, que en el futuro llegaría a percibir con arreglo a las sujeciones de uno u otro régimen, no se le ofrecieron los medios suficientes que le permitieran reafirmar su decisión de cara al traslado o de lo contrario, el determinar que el traslado del régimen de ahorro con solidaridad no sería de su conveniencia, por lo que, debería permanecer afiliada en el Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones…".*

**RECURSO DE APELACIÓN:**

La demandada **Colpensiones**, reclamó la revocatoria de la sentencia, al encontrar en su sentir que, de acuerdo al derecho de libre escogencia, puede elegir el régimen al cual quiere afiliarse, entendiéndose que este le permite trasladarse dentro de los parámetros legales, por lo que, en el caso objeto de estudio, la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM; en segundo

lugar, que Colpensiones no intervino en la decisión adoptada por la afiliada al momento del traslado; que, la entidad no debe asumir las consecuencias de la falta de información del fondo privado; que, Colpensiones es un tercero de buena fe; por otro lado, que se descapitaliza el sistema al retornar a la entidad, faltándole menos de 10 años para adquirir la edad pensional; que se ordene la devolución de los recursos debidamente actualizados y que no se imponga condena en costas, al ser Colpensiones un tercero que no intervino en el traslado.

La apoderada de **Porvenir S.A.,** interpuso recurso de apelación, con el fin de que sea revocada la sentencia, al estimar que se afecta la confianza legítima, sostenibilidad financiera, al efectuarse un traslado y posteriormente moverse a otro fondo privado; que la afiliada debía verificar términos y condiciones respecto a los documentos suscritos con Colpatria; que la actora, estuvo afiliada al RAIS por un término superior a 25 años; que, se han generado rendimientos, demostrándose que la entidad ha cumplido con sus obligaciones; en caso de confirmarse la sentencia, solicita se revoque la orden de devolución de gastos de administración, máxime que estuvo cubierta de las contingencias de invalidez y sobrevivencia; que al no ser parte integral de la pensión los gastos de administración se debe aplicar la prescripción.

**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 4º de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 56 del archivo 02 del expediente digital y la respuesta brindada por la entidad demandada el 15 de julio de 2020 (fl. 67 archivo 02).

**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 invocado 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 Cecilia Patricia Chaparro Maldonado 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. 30 del archivo 02 del expediente digital); certificado de afiliación emitida por Colpensiones y Porvenir (fl. 31 y 32 del archivo 02 y fl. 91 del archivo 11 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 33 del archivo 02 y fl. 92 del archivo 11 del expediente digital); petición incoada ante Porvenir y Colpensiones (fl. 45 y 56 del archivo 02 del expediente digital); respuesta de Colpensiones y Porvenir a solicitud (fl. 67 del archivo 02 y fl. 88 del archivo 11 del expediente digital); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 74 del archivo 11 del expediente digital); formulario de afiliación suscrito ante Colpatria y Porvenir (fl. 75 y 76 del archivo 11 del expediente digital); relación histórica de movimientos de Porvenir (fl. 103 del archivo 11 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 121 del

archivo 11 del expediente digital); resumen de historia laboral (fl. 135 del archivo 11 del expediente digital); historia laboral emitida por Colpensiones (archivo 7, documento denominado 07.2 CC-46361641 HL 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
*Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

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

*Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).*
*Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.*

*Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.*
*Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar*

*a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
*En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.*
*Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.*

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

***1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 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 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.*

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no*

*solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de noviembre de 1990 al 30 de septiembre de 1998, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar el líbelo introductor[2], para luego trasladarse a Colpatria hoy Porvenir S.A. el 15 de abril de 1996 y de allí migrar a Porvenir el 16 de febrero del 2000 (fl. 75 y 76 del archivo 11 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

[2] Carpeta 07, documento denominado 07.2 CC-46361641

obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. 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, se encontraba trabajando para el Banco Colpatria en Cali, cuando efectuó el traslado al RAIS, que ese movimiento, lo realizó al estimar que, era más cómodo dicho traslado, al trabajar para el dueño o administrador de dicho fondo; que cuando se encontraba en la etapa de selección, fue una persona la que les informó cómo debían diligenciar el formato, pero no le dio mayor información, se limitó a indicarle que, el paso al fondo privado era más favorable para ella.

A renglón seguido, informó no haber recibido documentos, reglamento de la AFP, así como tampoco le fue revisada la información que reposaba en el extinto Instituto de Seguros Sociales, ni le realizaron una proyección pensional, agregando a su dicho, que, no le informaron sobre las características del RAIS. Tampoco le hablaron de los requisitos que debía acreditar para pensionarse en el RPM, qué pasaría con las semanas cotizadas en el extinto ISS, que se abriría una cuenta a su nombre y que sus aportes generarían rendimientos y cuáles eran los cobros que le hacían por estar en el fondo privado, omitiendo también hablársele sobre las diferencias de los regímenes, el derecho de retracto, bono pensional y la posibilidad de retornar al RPM, antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión.

Adicionalmente, dijo no recordar quién había diligenciado el formulario de afiliación, pero sí fue enfática en señalar que lo había firmado en forma libre y voluntaria; que en un principio no recibió extractos de su cuenta de ahorro individual, pero en los últimos años sí empezó a recibirlos, aunque, no los detalló a profundidad.

Intentó retornar al RPM, pero en Porvenir le informaron que ya no podía realizar tal diligencia, dada la edad que tenía para la época de la investigación.

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 todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, con los frutos e intereses o rendimientos, sin realizar ningún descuento por ningún concepto.

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 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, 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 individual[3], 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.

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.

---

[3] Sentencia CSJ SL 1055-2022

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 la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

**DE LAS COSTAS**

En esta segunda instancia las costas están a cargo de la AFP Porvenir y Colpensiones a favor de la demandante, Cecilia Patricia Chaparro Maldonado, dadas las resultas de los recursos de alzada.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro (34°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 27 de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CECILIA PATRICIA CHAPARRO MALDONADO** 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 Porvenir y Colpensiones, a favor de la demandante, 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 de la Ley 2213 de 2022.***

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**AUTO DE PONENTE**

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, a favor de la demandante, en la suma de $400.000 pesos moneda corriente, a cargo de cada una de las entidades.

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DORA ANGÉLICA DUQUE OROZCO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Ley 2213 de 2022).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintitrés (23) días del mes de septiembre 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 2022[1]; 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 como apoderado sustituto de Colpensiones, al abogado Oscar William Montes Urrea, identificado con C.C. No. 1.053.836.281 de Manizales y portador de la T. P. No. 316.002 expedida por el C. S. de la Judicatura, conforme al poder allegado vía correo electrónico.

---

[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»*

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**S E N T E N C I A**

**DEMANDA**: La señora DORA ANGÉLICA DUQUE OROZCO, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la resolución del contrato de administración de aportes pensionales suscrito el 30 de julio de 2013, al faltarse al deber de información, retornando al RPM al cual estuvo afiliada hasta el año 1982 y se trasladen los aportes, rendimientos y demás sumas aportadas por la afiliada y se pague por parte de Protección la diferencia económica para asegurar la financiación de la pensión, agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 1 a 3 del archivo A3 folio 119 a 161 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, estuvo afiliada al RPM de manera interrumpida entre el 23 de octubre de 1978 y 31 de marzo de 1982; que estuvo afiliada a CAJANAL el 7 de abril de 1983; que los asesores le informaron que podía pensionarse sin cumplir la edad y sin necesidad de cotizar una densidad de semanas; que no fue informada correctamente sobre el capital necesario para pensionarse, ni le hablaron del porcentaje a reconocer por concepto de ganancias; que, una vez liquidada Cajanal, ella fue trasladada a la AFP

**CONTESTACIÓN**: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,** fincó su oposición a las pretensiones incoadas al no haberse aportado prueba que permita concluir que la voluntad de la demandante, se viera coartada en algún momento. Propuso como **excepciones** las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e

inexistencia de la obligación y buena fe (fl. 67 del archivo B2 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el traslado efectuado por la afiliada fue de forma libre y voluntaria, ejerciendo el derecho de libre escogencia. Como medios **exceptivos** propuso las de 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, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica (fl. 24 del archivo B5 del expediente digital).

Con auto del 21 de mayo de 2019, se admitió la reforma a la demanda, en el sentido de integrar al litisconsorcio necesario por pasiva a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías (archivo B1 del expediente digital).

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** se allano a las pretensiones incoadas en la demanda, pues desde su punto de vista, la entidad no cuenta con un medio probatorio para acreditar la asesoría brindada y no propuso excepciones de mérito o de fondo (B3 folio 416 a 417 y fl. 118 del archivo A5 del expediente digital)**.**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de junio de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS el 10 de mayo de 1995; **condenó** a Protección a trasladar a Colpensiones los aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, junto con cuotas de administración y comisiones; **condenó** a Colpensiones a recibir de Protección y Colfondos los valores que fueron trasladados y abonados a la historia laboral; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **se abstuvo** de imponer condena en costas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…De acuerdo con lo anterior evidencia el despacho que las pruebas aportadas y practicadas dentro del presente asunto no permiten establecer que Colfondos al momento del tránsito del régimen de ahorro individual efectuado por la demandante que tuvo lugar en el año 1995 y hubiera indicado las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes así como las consecuencias jurídicas del traslado, pues, en términos explicados por el Tribunal de cierre de esta jurisdicción que este despacho acoge para demostrar el cumplimiento del deber de información ordenado en el numeral 1 del artículo 97 del decreto 663 de 1993 no bastaba con que únicamente se le hubieran puesto de presente de manera muy general algunas de las peculiaridades del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni tampoco es suficiente con la manifestación que pudo quedar registrado en el texto pre impreso dentro del traslado que efectuó la demandante entre AFP…".*

**RECURSO DE APELACIÓN:**

La demandada **Colpensiones**, interpone recurso de apelación contra la decisión en primera instancia, fundando su inconformidad en que, no es viable ordenar el traslado al encontrarse la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para ello; que la

demandante solo se preocupó de futuro pensional con posterioridad cuando no podía retornar al RPM; que quien debía acreditar un vicio del consentimiento era la parte actora; que no se vulneró ninguna expectativa legítima y tampoco es beneficiaria del régimen de transición; que se descapitaliza el sistema de seguridad social de la entidad.

**ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, tanto Colpensiones como Protección S.A., 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 4º 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 4 de septiembre de 2017 (archivo 4 A, carpeta CC-51596443, documento denominado "SAC-COM-AF-2017_9294478-20170904030253"), 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, en estricta consonancia con los reparos invocado 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 la señora Dora Angélica Duque Orozco al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos S.A., y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

**INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO**

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

**CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de la demandante (fl. 1 del archivo A1 y fl. 56 del archivo

B2); petición incoada ante Protección (fl. 6, 13 del archivo A1); respuesta de Protección a petición (fl. 8, 17 del archivo A1; fl. 37 del archivo A5 Y fl. 36 del archivo B2); formulario de afiliación a Protección (fl. 20 del archivo A1, fl. 23 del archivo A5 Y FL. 54 del archivo B2); movimiento de aportes emitido por Protección (fl. 23 del archivo A1); certificado de afiliación emitido por Protección (fl. 25 del archivo A1); extracto de fondo de Pensiones emitido por Protección (fl. 34 del archivo A1); reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 38 del archivo A3); historia laboral emitida por Protección (fl. 34 del archivo A5 Y fl. 45 del archivo B2); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 36 del archivo A5 y fl. 34 del archivo B2); certificado de afiliación emitido por Colpensiones (fl. 121 del archivo A5); resumen de historia laboral (fl. 43 del archivo B2); expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo A4 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
*Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

*Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).*
*Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.*

*Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.*
*Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
*En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.*
*Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.*

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

***1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 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 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º 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<br>Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.° 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva aparejado el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

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

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

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*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 23 de octubre de 1978 hasta el 31 de marzo de 1982, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones al momento de contestar el líbelo introductor[2], para luego, cotizar con la Caja de Previsión entre el 5 de septiembre de 1983 al 30 de agosto de 1994, al encontrarse vinculada con el Instituto Nacional de Medicina Legal y

[2] Archivo A4, carpeta CC-51596443, documento GRP-SCH-HL-66554443332211_1174-20180227120849 del expediente digital

Ciencias Forense (fl. 26 y 34 del archivo A5 del expediente digital) y de allí migrar a Colfondos el 10 de mayo de 1995 y realizar un traslado horizontal el 30 de julio de 2013 a Protección (fl. 20 del archivo A1, fl. 23 del archivo A5 Y FL. 54 del archivo B2), 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.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al indicar que, "*desde que entre al Instituto en 1983 nosotros estábamos con la Caja Nacional de Previsión, para el 95 pues nos dijeron que la Caja Nacional se iba a terminar que debíamos cambiarnos a un fondo privado, pues la verdad yo no, no hice mucho caso de esto y pasado algunos meses estuvieron perifoneando en el Instituto que ya se iba a terminar el servicio de la Caja Nacional, que debíamos cambiarnos, porque íbamos a quedar sin fondo de pensiones, entonces que debíamos cambiarnos a un fondo privado, el ultimo día que escuche en el perifoneo que era el último día para cambiarnos entonces, pues, me acerque a donde se encontraban las personas de los fondos privados y pues allí estaba Colfondos, me llenaron el formulario eso fue en 5 minutos que se hizo la afiliación y pues ya, porque se suponía que ese era el último día que había de plazo para*

*cambiarnos*", agregando a su dicho que, tan solo cuando inició el presente trámite se enteró que los aportes que había hecho a CAJANAL habían sido asumidos por el extinto Instituto de Seguros Sociales, siendo enfática en indicar que, nunca recibió asesoría.

En lo tocante al traslado efectuado de Colfondos a Protección, informó que este se dio por cuanto, "*ese día llegó un asesor de Protección me estaba buscando a mi directamente con mis, todos mis datos, mi nombre, mi número de cedula que la oficina de personal lo habían enviado, que porque ya pues se acercaba mi como, bueno la edad, que iba a cumplir para la pensión, que entonces lo mejor era que yo me pasara a Protección y pues la verdad yo a ojo cerrado lo hice porque yo dije pues si de personal lo mandaron aquí pues es porque lo que me conviene y pues así lo hice, me traslade, firme el formulario de afiliación y no pregunte absolutamente nada*"

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 Colfondos 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 la demandada, 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.

Debe resaltarse que, la demandante, Dora Angélica Duque Orozco se encontraba vinculada a Cajanal a la fecha de su traslado al RAIS, por ello, debe precisarse que, existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a la Caja Nacional de Previsión Social por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

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

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 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, 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 individual[3], 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.

[3] 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 de la 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 **segundo** de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 28 de junio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **DORA ANGÉLICA DUQUE OROZCO** contra **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A, 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 reproche.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**TERCERO. COSTAS.** En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y a favor de la demandante, 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 de la Ley 2213 de 2022.***

**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 de la demandante, en la suma de $400.000 pesos moneda corriente.

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SONIA YANETH SILVA SILVA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintitrés (23) días del mes de septiembre 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 2022[1]; 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 a la abogada, Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. No. 37.627.008 de Puente Nacional y

---

[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»*

portadora de la T. P. No. 221.228 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, para que actúe como apoderada sustituto de Colpensiones, conforme al poder allegado vía correo electrónico.

**S E N T E N C I A**

**DEMANDA**: La señora SONIA YANETH SILVA SILVA, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la nulidad e ineficacia del traslado y afiliación al RAIS, por falta al deber de información y buen consejo, e inducción al error.

Como consecuencia de lo anterior, se le tenga como afiliado de Colpensiones, sin solución de continuidad y se ordene a las demandadas a realizar los trámites pertinentes para activar la afiliación en el RPM y se devuelvan los aportes cotizados con rendimientos generados en el RAIS, se condene conforme a las facultades ultra y extra petita y se condene en costas a las demandadas.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 6 a 9 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, nació el 21 de noviembre de 1964; que, se debe reconocer la pensión de vejez, por haberse cumplido los requisitos legales para ello; que empezó a cotizar al extinto Instituto de Seguros Sociales en junio de 1990; que en agosto de 1996 se trasladó al RAIS; que no fue informada al momento del traslado sobre la proyección de la mesada pensional; que, el asesor del fondo le informó, que obtendría una mesada pensional más alta y que el ISS se terminaría; que no recibió información vez,

completa y suficiente para adoptar la decisión de trasladarse de fondo; que no fue informada antes de cumplir los 10 años para acceder a la pensión que podía retornar al RPM; que, solicitó la nulidad del traslado ante Porvenir y Colpensiones en febrero de 2021; que recibió respuesta desfavorable de las administradoras de pensiones; que la mesada pensional entre uno y otro régimen resulta disímil.

**CONTESTACIÓN**: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y por ello, no debía tenerse como afiliada al RPM, ni recibir ningún aporte. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones (archivo 12 del expediente digital).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** fincó su oposición a las pretensiones incoadas al estimar que, el traslado efectuado por la demandante, se había efectuado en forma libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haberse brindado información sobre el funcionamiento del RAIS. Propuso como **excepciones** las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 17 del expediente digital).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 1° de agosto de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS y consecuencia de ello, ordenó, a Porvenir trasladar los recursos o sumas que hubiesen en la cuenta de

ahorro individual de la afiliada y a Colpensiones a recibir dichos dineros; **se abstuvo** de imponer condena en costas; **declaró** no demostradas las excepciones propuestas y **ordenó** la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…bueno, en este aspecto si se pone de presente que este operador judicial ordena la devolución, de lo correspondiente a los aportes y los rendimientos, en lo que tiene que ver con gastos de administración y pólizas de seguro atendiendo lo que se analiza y expone la Corte en la sentencia SL373 del 2021 que es la primera que niega una nulidad o una eficacia de traslado, pero convalida y reitera el deber de información, pues, son los gastos administrativos pues son gastos en que tienen que incurrir los fondos tanto del régimen de prima media como el régimen de ahorro individual para la administración de dichos recursos, la logística de personal, de infraestructura y demás y que están pues previstos en la ley, es decir tienen su sustento legal en su momento pues cumplieron el objetivo cómo era suplir estos gastos en recursos, personal y demás para administrar estos fondos, en lo que tiene que ver con las pólizas de seguro pues aún menos digamos existe la, sustento para ordenar los mismos, devolver los mismos cuando son recursos que van destinados a unos terceros, una aseguradora para amparar el seguro previsional y que tienen como fin pues proteger a la señora Sonia de las contingencias de invalidez y muerte, que efectivamente cumplieron este objetivo en su momento, entonces no es procedente pues ya debía ordenar devolver algo que tenía un sustento legal y tenía como fin proteger a la señora Sonia en su momento para estas contingencias…".*

**RECURSO DE APELACIÓN:**

La demandada **Colpensiones**, reclamó la revocatoria parcial de la sentencia, al encontrar en su sentir que, se debió ordenar la devolución de la totalidad de los aportes de la afiliada al RPM, máxime que la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que, se debe reintegrar la totalidad de la cotización, como recursos de la cuenta de ahorro, cuentas del fondo de garantía mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, seguros previsionales y gastos de administración, al ocasionar efectos retroactivos la decisión y consecuencia de ello, se debe ordenar la devolución de los conceptos aportados por la afiliada al RPM.

**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 35 del 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 invocado 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 la señora Sonia Yaneth Silva Silva al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

**INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO**

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

**CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía (fl. 23 del archivo 01 del expediente digital); petición incoada ante Porvenir y Colpensiones (fl. 24 y 35 del archivo 01 del expediente digital); respuesta de Porvenir y Colpensiones a petición (fl. 31 y 43 del archivo 01 y fl. 125 del archivo 17 del expediente digital); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 46 del

archivo 01 y fl. 77 del archivo 17 del expediente digital); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 54 del archivo 01 del expediente digital); formulario de afiliación ante Porvenir (fl. 57 del archivo 01 y fl. 76 del archivo 17 del expediente digital); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 73 del archivo 17 del expediente digital); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 85 del archivo 17 del expediente digital); relación de aportes emitido por Porvenir (fl. 112 del archivo 17 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 120 del archivo 17 del expediente digital); resumen de historia laboral (fl. 121 del archivo 17 del expediente digital); expediente administrativo emitido por Colpensiones (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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
*Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

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

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

*Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).*
*Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.*

*Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.*
*Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

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

*La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en*

*pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido básico de la información y, segundo, porque establecieron expresamente el deber de asesoría y buen consejo a cargo de las administradoras de pensiones, aspecto que redimensionó el alcance de esta obligación.*

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

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

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

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

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

*En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3° elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.°, reiteró el deber de las*

*administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».*

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

*Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
*En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.*
*Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.*

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

***1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 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 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º 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<br>Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, sin menoscabo de derechos laborales y autonomía personal | Ilustración de las características, condiciones, montos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, calificado y global de las circunstancias del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.° 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

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

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

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

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.*

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

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

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

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

*Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.*
*En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

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

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

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

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

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

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

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

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.*
*De todo lo expuesto, es dable concluir que el Tribunal incurrió en cuatro errores jurídicos: (i) al considerar que solo hasta el 2012 las AFP son responsables de la inobservancia del deber de información; (ii) al referir que la simple afirmación de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato*».

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

**AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de junio de 1990 al 31 de agosto de 1996, tal como se advierte de la historia laboral allegada por las partes en contienda[2], para luego trasladarse a Porvenir S.A. el 19 de abril de 1994, de acuerdo al certificado SIAFP emitido por Asofondos, dado que, el formulario allegado por las partes, no se indica en forma clara la fecha en que se solicitó el traslado de fondo de pensiones, sin embargo, si se puede constatar que, la señora Silva Silva se encuentra afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones a Porvenir S.A.; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

[2] fl. 54 del archivo 01 del expediente digital y archivo 13, documento, denominado "HISTORIA LABORAL"

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**TEORÍA DEL CASO**

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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 indicar que, "*…lo que recuerdo en ese momento yo trabajaba en una entidad privada de ingeniería y fueron allá de Porvenir, nos reunieron pues obviamente a través de la, de la empresa donde trabajaba, nos convocaron a una reunión y pues hubo una presentación donde nos contaron pues principalmente de lo que recuerdo es que, que era conveniente pasarnos porque el Seguro Social y lo que era en ese momento las pensiones se iba a acabar, eso con el estado era malo y que ellos obviamente estaban ofreciendo una mejor condición en la cual íbamos a recibir una pensión mucho mejor que la que podíamos recibir además con ese fondo, en lo que estábamos en ese momento y pues bueno eso fue como la explicación que nos dieron y pues bueno ya pasamos ahí a firmar luego los formularios y ya, eso fue como todo lo que nos indicaron*".

Respecto a la información suministrada por el asesor del fondo de pensiones, indicó, que este le habló sobre la posibilidad de pensionarse en forma anticipada, aunque, en este aspecto, "*podíamos pensionarnos con anterioridad, pero específicamente qué debía hacer para eso, pues no, en ese momento no, solo que se podía hacer con anterioridad*" y que sus aportes generarían unos rendimientos financieros y que se pensionaría con 1300

semanas de cotización; de las semanas cotizadas al extinto Instituto de Seguros Sociales, le indicaron que, ellos hacían el trámite de un bono y se lo trasladaban a Porvenir y en caso de que falleciera "*si podía pasársele al, a los posibles herederos a diferencia del otro fondo*".

Sin embargo, no le hablaron que se abriría una cuenta a su nombre en dicho fondo, ni de la posibilidad de efectuar aportes voluntarios y aunque suscribió el formulario de afiliación, "*de lo que recuerdo algunos apartes seguramente, pero, pues como era todo tan bueno pues firmamos infortunadamente sin mucho conocimiento al parecer porque todo era muy bueno*" y al auscultársele respecto a la motivación de retornar a Colpensiones, fue enfática, en señalar que, "*yo cómo me siento engañada por este, por esta, por esta entidad Porvenir, pues no me sentiría con la misma confianza de decir sí a bueno yo acepto, pero, pero pues creo que si tuviera la misma posibilidad en Colpensiones preferiría estar en Colpensiones de todos modos*".

A su turno, el representante legal de Porvenir, dijo no constarle las circunstancias del traslado de la afiliada, sin embargo, estimó que, se había brindado "*la información de los pros y los contras tanto las diferencias del régimen de prima media como los del régimen de ahorro individual*", ya que esta es la directriz de la entidad; por otro lado, exteriorizó que a la señora Silva se le remitieron extractos y comunicaciones respecto a su afiliación y que el único documento que acredita la información brindada en la época del traslado, es el formulario de afiliación y que antes de que la demandante cumpliera 47 años de edad, Porvenir no le comunicó de la posibilidad de retornar al RPM.

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, 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 a pesar de que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, no se ordenó la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y rendimientos, aspecto sobre el cual ejerció oposición la apoderada de Colpensiones, al considerar que, una consecuencia de la declaratoria de ineficacia es ordenar la devolución de tales emolumentos.

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

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS* ***debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida****. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse*

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

En tal virtud, le asiste razón a la apoderada de Colpensiones al censurar el no haberse dado la orden de devolución de 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 individual[3], 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, siendo procedente adicionar la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

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 lugar a costas en esta instancia, dadas las resultas del recurso de alzada.

---

[3] Sentencia CSJ SL 1055-2022

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 **primero** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública en audiencia celebrada el 1° de agosto de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **SONIA YANETH SILVA SILVA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y otros, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, 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.** Sin costas en esta instancia, dadas las resultas del recurso de 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 de la Ley 2213 de 2022.***

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ GUILLERMO LAGOS ARCILA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Ley 2213 de 2022).

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintitrés (23) días del mes de septiembre 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 2022[1]; 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,

**S E N T E N C I A**

**DEMANDA**: El señor JOSÉ GUILLERMO LAGOS ARCILA, 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, para que previos los trámites procesales pertinentes se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS en septiembre de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, se condene a Porvenir S.A. a girar a Colpensiones los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, y a su turno, a la entidad del RPM a aceptar su retorno, como si nunca se hubiere trasladado, se condene a costas y agencias en derecho y se condene conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 3 del archivo 01 del expediente digital, que en síntesis advierten, que, cotizó al RPM desde marzo de 1989 hasta septiembre de 1994; que los asesores de Porvenir la visitaron en la empresa donde laboraba y brindó charlas en las que se le ofreció beneficios superiores a los ofrecidos al ISS; que se trasladó a Porvenir el 6 de septiembre de 1994; que, no le fue brindada información pertinente, veraz y oportuna, ni antes, ni durante ni después de su traslado; que, nació el 30 de marzo de 1964; que, cuenta con 1502 semanas de cotización; que cotizó con un Ingreso Base de Liquidación de $14.000.000; que la proyección pensional arroja en el RAIS una mesada pensional equivalente a $2.500.000 y $3.500.000; que en el RPM la mesada pensional equivaldría a $4.519.305; que se genera un detrimento económico; que, el 25 de mayo de 2021 radicó el derecho de petición ante Colpensiones solicitando la ineficacia del traslado; que la entidad no le ha dado respuesta a las solicitudes.

**CONTESTACIÓN**: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** fincó su oposición a las pretensiones incoadas al estimar que, el traslado efectuado por el demandante, se había efectuado en forma libre, espontánea, sin

presiones o engaños, después de haberse brindado información sobre el funcionamiento del RAIS. Propuso como **excepciones** las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (archivo 24 del expediente digital).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** sentó su oposición frente a la prosperidad de las pretensiones, al estimar que, el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y por ello, no debía tenerse como afiliada al RPM, ni recibir ningún aporte. Como medios **exceptivos** propuso los de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones (archivo 26 del expediente digital).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 5° de julio de 2022, en el que, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS y consecuencia de ello, ordenó, a Porvenir trasladar los recursos o sumas que hubiesen en la cuenta de ahorro individual del afiliado y a Colpensiones a recibir dichos dineros; **se abstuvo** de imponer condena en costas; **declaró** no demostradas las excepciones propuestas y **ordenó** la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

> *"…Al respecto, he considerado procedente, ordenar la devolución o traslado solamente de los aportes y rendimientos, no considero procedente devolver gastos de administración, en la medida que, pues, estos tienen su razón de ser, están sustentados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que establece, pues, el derecho que le asiste a todas las administradoras, tanto del Régimen de Prima Media como del Régimen de Ahorro Individual, para efectos de que cobren unos gastos de administración por mantener la logística, el personal,*

*y demás, para administrar estos recursos, entonces, tenían su razón y tienen un fin legal válido, como es costear estos gastos, esta operación logística, en personal y demás, para administrar dichos recursos, que se cobran estos gastos de administración, entonces, no ordeno devolver los mismos.*

*En lo que tiene que ver con las pólizas de seguro, mucho menos, en la medida pues, que se trata de unos recursos destinados o dirigidos a unos terceros, como son las aseguradoras, que tienen un fin válido, como es proteger al señor José Guillermo de las contingencias de la invalidez y la muerte, gracias a Dios no tuvieron que utilizarla, pero en su momento, tenían como fin protegerlo, en cuanto a estos riesgos, digamos, para completar el capital necesario para efectos de financiar una pensión de estas características, son unos terceros que recibieron dichos recursos de buena fe, en su momento, protegieron al señor demandante, entonces, no es procedente ordenar devolver estas sumas canceladas por pólizas de seguros…".*

**RECURSO DE APELACIÓN:**

La demandada **Colpensiones**, reclamó la revocatoria parcial de la sentencia, al encontrar en su sentir que, se debió ordenar la devolución de la totalidad de los aportes de la afiliada al RPM, máxime que la H. Corte Suprema de Justicia ha precisado que, se debe reintegrar todos los recursos de la cuenta de ahorro, cuentas del fondo de garantía mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, seguros previsionales y gastos de administración, al ocasionar efectos retroactivos la decisión y consecuencia de ello, se debe ordenar la devolución de los conceptos aportados por la afiliada al RPM.

**ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, Porvenir S.A., 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

**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 15 del archivo 04 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 invocado 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 José Guillermo Lagos Arcila 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, formulario de afiliación a Porvenir (fl. 1 del archivo 04 y fl. 93 del archivo 24 del expediente digital); copia de la cédula de ciudadanía (fl. 2 del archivo 04 del expediente digital); historia laboral consolidada (fl. 3 del archivo 04 y fl. 99 del archivo 24 del expediente digital); respuesta de Porvenir a petición (fl. 11 del archivo 04 y fl. 134 y 137 del archivo 24 del expediente digital); liquidadores para obtener el IBL pensional (fl. 14 del archivo 04 del expediente digital); petición incoada ante Colpensiones (fl. 15 del archivo 04 del expediente digital); declaración extrajuicio rendidas (fl. 16 del archivo 04 del expediente digital); certificado SIAFP emitido por Asofondos (fl. 88 del archivo 24 del expediente digital); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 92 del archivo 24 del expediente digital); formulario de afiliación a Horizonte (fl. 94 del archivo 24 del expediente digital); historia laboral emitida por Ministerio de Hacienda (fl. 95 del archivo 24 del expediente digital); relación histórica de movimientos Porvenir (fl. 107 del archivo 24 del expediente digital); relación de aportes (fl. 121 del archivo 24 del

expediente digital), expediente administrativo emitido por Colpensiones (archivo 27 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.° del artículo 97, la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

*De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.*
*Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

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

*En concordancia con lo expuesto, desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera,*

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

*Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).*
*Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.*

*Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.*
*Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Artículo 7°. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa sobre las alternativas de su afiliación al esquema de Multifondos, así como los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.*
*En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el*

*consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.*
*Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con claridad las distintas opciones de mercado, con sus características, condiciones, riesgos y consecuencias, sino que, adicionalmente, implica un mandato de dar asesoría y buen consejo. Esto último comporta el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.*

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

***1.3. Tercera etapa: Expedición de la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa n.° 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 9º de la Ley 1328 de 2009, adicionado por el parágrafo 1º del artículo 2° de la Ley 1748 de 2014, y el art. 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010, las Administradoras del Sistema General de Pensiones deben garantizar que los afiliados que deseen trasladarse entre regímenes pensionales, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado.*

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

| Etapa normativa | 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<br>Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003<br>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y mínimo vital personal | Ilustración de las características, condiciones, costos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales |
| Deber de información, asesoría y buen consejo | Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009<br>Decreto 2241 de 2010 | Implica el análisis previo, cuidado y global de las circunstancias del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle |
| Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría | Ley 1748 de 2014<br>Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015<br>Circular Externa n.° 016 de 2016 | Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales. |

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

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

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

***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
*Para el Tribunal el consentimiento informado no es predicable del acto jurídico de traslado, pues basta la consignación en el formulario de que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria.*

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

*Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio*

*a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».*

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

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

*Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.*
*Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO**

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de marzo de 1989 al 30 de septiembre de 1995, tal como se advierte de la historia laboral allegada por Colpensiones a la hora de contestar la demanda[2], para luego trasladarse a Porvenir S.A. el 6 de septiembre de 1994 y posteriormente a Horizonte hoy Porvenir, el 27 de mayo de 1998, de acuerdo a los formularios de afiliación y certificado SIAFP emitido por Asofondos[3], constatándose que, se encuentra afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones a Porvenir S.A.; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

[2] Archivo 27, documento, denominado “HISTORIA LABORAL”
[3] Folio 89, 93 y 94 del archivo 24 del expediente digital

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**TEORÍA DEL CASO**

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP 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 indicar que, "*…en una actividad posteriormente una actividad lúdica que hace la empresa pues estuvimos ahí alrededor de unas 30 o 40 personas donde ella con unas otras 3 muchachas fueron y pues nos comentaron de todas las ventajas que tendríamos, que pues que era un momento en que el Seguro Social, yo pertenecía al Seguro Social, que estaba mal, que si el gobierno había entrado, había dejado entrar al tema de pensional de unos fondos pues que eso eran unas ventajas grandes porque primero el seguro estaba en quiebra y segundo esos nuevos fondos de pensiones estaban apalancados por unos bancos perdón, por unos bancos, eso hacía pues muy llamativo para nosotros en las circunstancias que estábamos pues que había una serie de actividades, hubo la oportunidad de hacer muchas preguntas, que si íbamos a que, que íbamos a ganar o a perder con eso, pues ellos nos decían simplemente que todo era ganancias, que todo era ganancial y nos dieron todas las posibilidades, porque hubo todas las preguntas, yo recuerdo que alguien preguntaba yo que pierdo si me paso para otra pensión, no, no pierde nada, todo es ganancia pues hablaron ya de la posibilidad que uno se pudiera pensionar antes de tiempo, después ya uno se entera que uno se puede pensionar, pero es de acuerdo a lo que uno tenga ahorrado, además pues que, que si uno tenía formas podía hacer*

*otros ahorros adicionales para que le fuera mejor y que en ningún momento iba a ser menos que lo dé Colpensiones, que lo del Gobierno que iba a ser perdón, que lo del Seguro Social y que iba a ser mejor*".

La asesora le ofreció pensionarse con menos edad, obteniendo una mesada superior a la ofrecida en el entonces, Instituto de Seguros Sociales, además, que, podían retirar el dinero acumulado y que tendrían, soporte de entidades financieras, hizo que, el panorama planteado fuera de su agrado y suscribió el formulario de afiliación.

Respecto al traslado horizontal efectuado en el año 1998, de Porvenir, al entonces Horizonte, informó, que este había ocurrido, porque, le informaron que las dos entidades se fusionarían y que habría una oficina de dicha entidad en el Municipio de San Martín – Meta, facilitándose los trámites para el afiliado.

Empezó a recibir extractos de la cuenta individual, tan solo a partir del año 2016 y que no recibió información sobre la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir 52 años de edad.

Al auscultársele sobre la creación de una cuenta de ahorro individual a su nombre, rendimientos financieros, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, del registro de beneficiarios en el formulario de afiliación, del derecho de retracto y la necesidad de acumular un capital suficiente para poder pensionarse en el RAIS, informó no haber recibido información al respecto, en lo tocante a las semanas cotizadas en el Instituto de Seguros Sociales, indicó, que la asesora, le había informado que, "*simplemente nos dijeron que ellos organizaban todo*", agrando a su dicho, que su deseo de retornar al RPM, radica en que, "*primero, que me pase porque me hicieron un engaño, me engañaron, me dijeron mentiras, por eso y segundo, yo no soy una, yo soy una persona consciente, responsable y sé cuánto es una cantidad*

*de plata y cuánto es la otra y hoy según lo que me han mostrado, me llega alrededor casi de $1.800.000 menos de lo que debería legalmente y honradamente como me lo he ganado yo, mi plata que ha sido honrada como para que alguien venga y me la quite y me la robe de esa forma*".

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 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 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 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, 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 a pesar de que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, no se ordenó la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y rendimientos, aspecto sobre el cual ejerció oposición la apoderada de Colpensiones, al considerar que, una consecuencia de la declaratoria de ineficacia es ordenar la devolución de tales emolumentos.

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

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS* ***debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida****. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que*

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

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
*(…)*
*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*».

En tal virtud, le asiste razón a la apoderada de Colpensiones al censurar el no haberse dado la orden de devolución de 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 individual[4], 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, siendo procedente adicionar la sentencia de primera instancia, en este aspecto.

[4] 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 lugar a costas en esta instancia, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral **primero** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública en audiencia celebrada el 5° de julio de 2022, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JOSÉ GUILLERMO LAGOS ARCILA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y otros, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, 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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.** Sin costas en esta instancia, dadas las resultas del recurso de 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 de la Ley 2213 de 2022.***

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

---

**MAGISTRADO SUSTANCIADOR:** DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a veintitrés (23) días del mes de septiembre 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 2022[1]*;* 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 **JESÚS ALONSO MORALES SORA**, 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 nulidad o la ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., e igualmente, que la afiliación al RPM se mantuvo vigente, sin solución de continuidad; como consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar y remitir a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados, junto con los rendimientos e intereses y bonos pensionales que actualmente tiene a su favor; se condena a la AFP, al reconocimiento y pago de los perjuicios morales del artículo 16 de la Ley 446 de 1998; se condene a Colpensiones a activar su afiliación, así como a recibir el traslado de los aportes, rendimientos y bonos pensionales que actualmente tiene en su cuenta; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho (folios 1 a 3 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 25 de diciembre de 1962, motivo por el cual a la fecha cuenta con 58 años. Aduce que inicialmente cotizó en el Régimen de Prima Media a través del Instituto de los Seguros Sociales desde el 31 de agosto de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1994; sin embargo, el 21 de septiembre de 1994 se trasladó al RAIS por medio de la AFP Colpatria hoy la AFP Porvenir S.A., pese a que dicha sociedad no le informó sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, las consecuencias adversas sobre su futuro pensional, pues únicamente se le indicó que el ISS desaparecería, a más que en el RAIS podría pensionarse a cualquier edad, con un mayor monto pensional. Indica que tampoco se le informó sobre el capital que debía acumular para adquirir una pensión, la distribución porcentual de su aporte, la negociación del bono pensional y sus consecuencias, el derecho de retracto, el monto de su pensión, ni se le hicieron proyecciones pensionales; menos aún, se le asesoró sobre la tasa de remplazo o las condiciones para adquirir una pensión anticipada. Que solicitó a

Colpensiones el traslado del RAIS al RPM, e igualmente, peticionó a Porvenir la ineficacia del traslado, lo cual fue resuelto en sentido desfavorable a sus intereses.

**CONTESTACIÓN**: La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones que fueron impetradas en el *libelo genitor*, aduciendo para el efecto que, la afiliación se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N° 254596, documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, 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**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (folios 1 a 40 archivo 17 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES,** formuló oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas en la demanda, al considerar en esencia que, en los términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe presumirse que el actor efectuó su traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria. Añade que el demandante es el llamado a probar en debida forma la concurrencia de los vicios del consentimiento estipulados en el artículo 1508 del C.C. **Excepciones**: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (folios 1 a 9 archivo 19 del expediente digital).

**DECISIÓN:**

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de julio de 2022, resolvió **declarar** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandante del RPM al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. traslade las sumas correspondientes a aportes y rendimientos a la administradora del RPM Colpensiones, y a esta que reciba los recursos, reactive la afiliación del actor y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado; **no condenar** en costas a ninguna de las partes. (Archivo de audio 40 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 demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada, aduciendo como motivos de disidencia que *«(…) me permito interponer recurso parcial contra la sentencia de primera instancia con respecto al no traslado de la totalidad de la cotización que no se ordena su traslado. Al respecto hay que indicar que la*

*Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1877 de 2020, entre otras, ha indicado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia en sentido estricto exclusión de todo efecto al traslado, en el caso de los afiliados los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto a sus rendimientos financieros, esta declaración obliga a las entidades del Régimen de Ahorro Individual a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En otros términos, la sentencia que declara la ineficacia, tiene efectos retroactivos y en virtud de ello cada una de las partes debe devolver a la otra, lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió la sentencia que declara la ineficacia del traslado. Ahora entonces el restablecimiento debe ser pleno y completo y hay lugar a reintegrar la totalidad de la cotización del demandante, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración. Por lo antes expuesto, solicito al H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, revoque en este sentido la sentencia proferida y ordene la devolución total de la cotización incluyendo gastos de administración y demás emolumentos a mi representada».*

**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 32 a 36 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 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 consumar las obligaciones imputadas o, si esto comporta una afectación a sus derechos, e igualmente, si la AFP Porvenir S.A. está llamada a hacer la devolución de los descuentos que efectuó sobre la cuenta de ahorro individual del demandante, por concepto de gastos de administración, comisiones y demás sumas señaladas en la alzada por Colpensiones.

Denotando que, ante la carencia de reparo por Porvenir S.A. en la resolución de ineficacia en el traslado al RAIS, este Juez Colegiado no ejecutará consideración al respecto.

**ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN**

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente digital, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia cédula de ciudadanía demandante (fl. 31 archivo 01), copia cédula de ciudadanía parte activa (fl. 21 archivo 001), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 32 a 36, 41 a 49 archivo 01 y 141 a 144 archivo 17), historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 37 a 40 archivo 01), formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fls. 50 archivo 01 y 90 archivo 17), certificación estado de afiliación expedido por emitido por la AFP Porvenir S.A. (fls. 51 archivo 01 y 145 archivo 17), historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 52 a 91 archivo 01 y 102 a 136 archivo 17), historia laboral válida para bono pensional (fls. 92 a 93 archivo 01 y 137 a 140 archivo 17), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fls. 87 a 89 archivo 17), comunicados de prensa (fls. 91 a 100 archivo 17), expediente administrativo allegado por Colpensiones (carpeta 20), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (Audio 40); probanzas de las cuales se colige, que el señor JESÚS ALONSO MORALES SORA elevó aportes al otrora Instituto de Seguros Sociales desde el 31 de agosto de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emanada de Colpensiones obrante en el expediente administrativo (carpeta 20 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 21 de septiembre de 1994 (fl. 50 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.

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

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP Porvenir S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, integral y que atendiera la situación pensional de JESÚS ALONSO MORALES SORA; 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 la administradora privada de pensiones cumplió con el inexcusable deber de brindar al afiliada 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, previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, no media duda sobre la ineficacia del traslado dispuesta por el *a quo*, cuya consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única, válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

Ahora bien, se advierte que Colpensiones peticiona se imponga condena por la devolución atinente a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales contra la AFP demandada, como así lo ha dispuesto la Corte Suprema de Justicia.

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

> «*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*
>
> *En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*
>
> *Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*
>
> *(…)*
>
> *De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones*»

En tal virtud, le asiste razón a Colpensiones en su alzada, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a de título 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, las cuales deberá asumir de sus propias utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones.

Motivo por el cual, se adicionará la determinación de primer grado, en lo relativo a la devolución de tales conceptos por parte de la AFP Porvenir S.A. para disponer su retorno a Colpensiones.

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

**COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo.* En esta segunda instancia no se imponen costas, dado el resultado de la alzada.

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

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 21 de julio de 2022, dentro del proceso

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ordinario laboral de la referencia, en el sentido **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.**, a 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 del demandante, 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.

**SEGUNDO: COSTAS.** Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia no se imponen costas, dado el resultado de la alzada.

***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 de la Ley 2213 de 2022.***

**EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

**ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO**

**DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**