



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NUBIA ESCOBAR VASQUEZ** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **JUANITA ALEXANDRA SILVA TELLEZ**

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

identificada con cedula de ciudadanía No. 1.023.967.067 y tarjeta profesional 334.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de PORVENIR S.A, por sustitución concedida por la Dra. Johana Alexandra Silva Téllez.

En igual sentido, se reconoce personería adjetiva a **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de COLPENSIONES, por sustitución concedida por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **NUBIA ESCOBAR VASQUEZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada a PORVENIR S.A. el 30 de junio de 1999, y aquella efectuada a PROTECCIÓN S.A. el 23 de abril de 2001; teniendo como valida y vigente el nexos con el régimen de prima media con prestación definida; como consecuencia de lo anterior, se condene a COLPENSIONES a recibir nuevamente como afiliada cotizante a la accionante; condenar a PORVENIR S.A. y a PROTECCION S.A. a liberar de la base de datos a ESCOBAR VASQUEZ y devolviendo todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados con destino a COLPENSIONES (folios 6 y 7).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 6 de las diligencias, manifestando en síntesis que nació el 16 de febrero de 1962 e inicio su vida laboral el 29 de septiembre de 1983, momento en el cual se afilió al régimen de prima media administrado por el Instituto de Seguros Sociales, donde realizó cotizaciones hasta el 30 de julio de 1999; data para la cual, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PROVENIR S.A. Aduce que el asesor del anterior fondo le informó la liquidación del ISS y el riesgo en la pérdida de los aportes pensionales, así como le señaló que en la AFP privada se pensionaría a una edad temprana, con un monto superior y con la posibilidad de retirar el dinero obrante en la cuenta individual; pero sin realizarse proyección pensional y guardando silencio respecto al capital requerido para una prestación bajo las modalidades de renta vitalicia y retiro programado, la posibilidad de retornar a la edad de 47 años, las desventajas y consecuencias. Informa que el 23 de abril de 2001 se movilizó a SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. sin contar dentro del formulario con información clara, precisa y suficiente que le permitiera tomar la mejor decisión. Relata que las AFP no le enviaron oficio indicándole a tiempo la posibilidad de trasladarse al RPM, lo cual si acaeció con otros afiliados. Agrega que de la información brindada por protección S.A. al realizar la proyección de la pensión, se advierte una clara diferencia en el monto a percibir y, finalmente precisa que reclamó la nulidad del traslado ante las demandadas, la cual fue negada.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que el traslado realizado por la demandante es plenamente valido, al no constar circunstancias de modo, tiempo y lugar que demuestre el vicio alegado. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; presunción de legalidad de los actos administrativos; inexistencia de la obligación y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 113 a 120.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como da cuenta el formulario de vinculación suscrito de forma libre y espontánea. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y, las que se prueben, folio 138 a 149.

Finalmente, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó su rechazo al *petitum demandatorio*, al comunicar que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, demostrando así su validez, sumado a encontrarse dentro de la prohibición del traslado de que trata el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe, folios 206 a 224.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 12 de agosto de 2020, resolvió **declarar** ineficaz la afiliación efectuada por la demandante de régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de HORIZONTE hoy PORVENIR, y como consecuencia de lo anterior ordenar a PROTECCIÓN como representante de los intereses de SANTANDER a que traslade los recursos, sumas que obren en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES; a esta administradora que reactive la afiliación de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

actora y acredite como semanas efectivamente cotizadas ante el RPM dichos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, dadas las consecuencias de esta nulidad y/o ineficacia; **no condenar** en costas a favor o en contra de ninguna de las partes (CD a folio 300).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, la pasiva no logró demostrar con las pruebas integradas al expediente, que al momento de trasladarse de régimen pensional hubiese suministrado información pertinente a la demandante, pues desde los albores de la Ley 100 de 1993 se evidencia la obligatoriedad en conceder información.

RECURSO DE APELACIÓN: La demandada **PORVENIR S.A.** **interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación,** aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que la fundamentación de la parte demandante para el retorno al régimen de prima media es la nulidad del negocio jurídico, sin embargo no se encuentra acreditado ninguno de los atributos o situaciones que den paso a un vicio en el consentimiento, pues del interrogatorio de parte y las documentales se concluye que si conocía que negocio estaba celebrando desde el momento de traslado, al advertir las características del régimen de ahorro individual, como la forma de consolidación y financiación de la mesada pensional, la posibilidad de heredar esos recursos y los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual; lo que permitió la solicitud de traslado horizontal a la AFP PROTECCIÓN. Señala que, para que se presente un error de hecho, implicaría la falta de claridad en el negocio celebrado, empero, el reparo que presenta es sobre la mesada pensional, ello es, un aspecto de derecho como la liquidación de la mesada pensional o la forma de construir el derecho. Respecto a la acotación de acoger las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia, manifiesta que no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

hay forma de demostrar que estuvo constreñida o que tenía una situación especial que la hubiera llevado a firmar el traslado de régimen, pues como ella informó en el interrogatorio de parte, suscribió dos formularios de forma voluntaria sin que se haya cercenado el derecho a expresar esa libertad para movilizarse a otro régimen pensional. Resalta que se cumplió con el deber para la fecha de traslado, sin que fuera equiparable a aquella que nació en los años 2014 y 2010, o el que se produjo jurisprudencialmente desde el año 2008. Que no se presenta equivalencia entre las sentencias de esa Alta Corte y el que está bajo estudio, por no ser beneficiaria la demandante del régimen de transición, resultándole extraño que se dé alcance retroactivo a normas no contempladas para la fecha y, que se pretenda hacer lo mismo con precedentes jurisprudenciales, en la medida que no había disposición que ordenara el soporte escrito de la información, entendiéndose cumplido con la firma del formulario. Resalta que la permanencia y traslados horizontales tiene la virtualidad de ratificar la intención de movilidad, como se ve en la sentencia SL 52704 de 2018.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandante: Este extremo indicó que la administradora de fondo de pensiones no informo de manera clara, precisa y suficiente las características, consecuencias y desventajas del cambio de régimen pensional como lo ha estipulado de forma pacífica la Honorable Corte Suprema de Justicia desde sentencias 31989, 31314 de 2008 y la 33083 de 2011; pues es la administradora del fondo de pensiones la experta en esta materia ya que tiene el carácter de financiera y está manejando recursos públicos y de la seguridad social.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, indicando que el traslado de la activa se realizó de forma libre, voluntaria y consciente como da cuenta el formulario afiliación suscrito, cuya forma pre impresa se encuentra autorizada por la ley. Aunado, a qué se atendieron las normas vigentes para el momento del traslado, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el traslado de la activa al RAIS tiene plena validez; sumado a *«obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual»*.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma como da cuenta el folio 53 y 54 de las diligencias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados la apelante, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por NUBIA ESCOBAR VASQUEZ al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de documento de identificación del accionante (folio 29), formularios de afiliación (folios 30 y 31), reclamaciones administrativas y su respuesta (folios 32 a 54), reporte de semanas cotizadas e historia laboral individual (folios 55 a 66), oficios dirigidos a la accionante (fls. 67 a 69), expedientes administrativos obrante en las demandadas (CD folio 121, 150 a 178 y 225 a 232), interrogatorio de parte rendido por la demandante y el representante legal de PORVENIR S.A. (medio magnetofónico folio 300).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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, 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Solidario de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, la información necesaria a la que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

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

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

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 29 de septiembre de 1993 (folio 64), para luego trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A hoy PORVENIR S.A. el 30 de julio de 1999 (folio 30), con efectividad para el 1° de septiembre de esa anualidad (folio 227); con posterioridad se movilizó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 23 de abril de 2001 (folio 31), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 55 a 63 y 164 a 168); supuestos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer 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 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 30 y 229.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, con la pérdida de los aportes realizados y, que solo en esa AFP lograría una pensión a cualquier edad, con una remuneración superior, la que siempre se heredaría o con la facultad de retirar el dinero sin impedimento; pero sin denotarse una globalidad en las características y riesgos del sistema de ahorro individual (folio 300). En lo que concierne al interrogatorio absuelto por el representante legal de PORVENIR S.A., nada disímil se extrae a lo relatado en el escrito de contestación, al limitarse en señalar que las asesorías eran verbales y que lograría una mesada equiparable a la que concedería el otrora Instituto de Seguros Sociales, si realizaba aportes voluntarios.

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

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

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

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... 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 y CSJ SL4689-2018, 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».

Ahora, atendiendo la ausencia de disposición respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión adiciona el proveído de primer grado en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, en estudio del asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en la medida que, al estar en presencia de una obligación de hacer que, a futuro, implicará la concesión de una posible prestación pensional, resulta adversa a esa entidad la no entrega de tal concepto.

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia sin costas dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 12 de agosto de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado del grado jurisdiccional de consulta.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **AURA ROCÍO MAHECHA CAMACHO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **AURA ROCÍO MAHECHA CAMACHO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prime Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A; en consecuencia, solicita se condene al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos e intereses; igualmente solicita, se condene a Colpensiones a recibir e incluir en la historia laboral de la actora los tiempos que cotizó en el RAIS y condenar a las AFP a lo que resulte probado ultra y extra petita. (fl. 2).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 9 de abril de 1966; que desde 1986 a 1999, estuvo vinculada al Instituto de los Seguros Sociales; que el 25 de enero del 2000, se trasladó de régimen pensional y se vinculó con la AFP Porvenir S.A; que por disposición de Gerencia del Hospital Pedro León Álvarez, los empleados fueron presionados para trasladarse de fondo pensional; que al momento del traslado no le fue suministrada información sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales y tampoco la forma en que sería liquidada la prestación pensional; que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

no se le indicó las consecuencias legales de dicho traslado; que en el mes de febrero del 2007, se trasladó a la AFP Skandia hoy Old Mutual S.A Pensiones y Cesantías; que en el mes de septiembre de 2009, se trasladó nuevamente a la AFP Porvenir S.A; que el 10 de mayo de 2017, solicitó de Porvenir S.A., información sobre su pensión; que el mismo 10 de mayo de 2017, la AFP le entregó una simulación pensional en la que le informó que su prestación pensional ascendería a la suma de \$1´447.800; que en el mes de mayo de 2017, solicitó de Colpensiones la afiliación al RPM, trámite que le fue negado; que en el mes de abril de 2019, solicitó de Porvenir S.A. la anulación de la afiliación; que el 12 de abril de 2019, la AFP negó la solicitud de anulación y realiza una proyección pensional.

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a toda y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación de la demandante al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., cuanta con plena validez, por cuanto contó con el lleno de los requisitos que imprimía la norma para tal fin, sumó a lo anterior, que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, lo que no le permite trasladarse de régimen pensional. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y la declaratoria de otras excepciones. (fl. 60 a 66).

A su turno, la accionada, **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar, en síntesis, que la decisión de traslado se tomó por parte de la afiliada de forma consiente y espontánea, libre de presiones o apremios, por lo que la afiliación cuenta con plena validez, en el mismo sentido expresó que la entidad



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cumplió con el deber de brindar la información que para la fecha del traslado exigía la legislación. Por último, señaló que la afiliada tenía también un deber legal de informarse y contó con varias oportunidades para retornar al RPM, sin que diera uso de las facultadas que la ley le otorgaba. **Excepciones:** Formulo como medios exceptivos los que denomino 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. 114 a 143).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 2 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., el 25 de enero del 2000; **condenar** a la sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media a través de Colpensiones, y a esta administradora que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la accionante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para ello y dada la ineficacia declarada, que nunca hubo el traslado al Régimen de Ahorro Individual; **declarar** no probados los medios exceptivos formulados por los extremos pasivos y sin condena alguna por concepto de costas procesales. (fl. Cd. 237)

Lo anterior por considerar el *a quo* que La H. Corte Suprema de Justicia ha venido exponiendo una línea jurisprudencial contentiva de las características que debe cumplir el proceso de traslado del régimen pensional, y sobre dicho tópico ha enseñado que la libertad o voluntariedad que acompaña el acto de afiliación, no se limita a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

simple manifestación del deseo de cambio de régimen, sino que debe estar precedido de un deber de información de carácter profesional por parte de la AFP, deber que no se acreditó en el presente proceso en tanto la demandada no allegó elemento probatorio que dé cuenta de su cumplimiento. En tal virtud, surge la ineficacia de la afiliación contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que en el presente asunto, el formulario de afiliación suscrito por la demandante el 25 de enero de 2000, goza de plena validez, como quiera que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 25 del Decreto 662 de 1994, en tal sentido, se puede determinar que la demandante celebró el negocio jurídico de acuerdo con la capacidad y conforme a lo previsto en los artículos 1502 y 1503 del C.C., del mismo modo, debe tenerse en cuenta que la motivación de la demandante de trasladarse de régimen se ampara en un inconformismo respecto al monto de la prestación pensional que va a recibir, aspecto este meramente económico que no resta validez a la afiliación al régimen pensional. Por último, señala que no es razonable imponer cargas probatorias a la AFP inexistentes para la fecha en que se suscribió el negocio jurídico.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo procesal guardó silencio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones peticiona la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que en ningún momento al interior del proceso se probó vicio del consentimiento que decanten en la anulación del acto jurídico, sumado a que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Por último, señaló que la parte demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 1993, lo que le impide retornar en cualquier tiempo al RPM.

A su turno, la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., peticionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con Colfondos y posteriormente con Porvenir, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, sumó a ello, que tal como se pudo ver en el interrogatorio de parte, la inconformidad de la demandante con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad de la demandante. Por último, señala, que las sumas destinadas al pago de seguro previsional y los gastos de administración no deben ser trasladados al Régimen de Prima Media en la medida que, durante el periodo de afiliación de la demandante la AFP cumplió con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la finalidad de proporcionar a la afiliada el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, es decir, se invirtieron conforme con la estructura del Régimen de Ahorro Individual.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 38 a 40 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la 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 ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por AURA ROCÍO MAHECHA CAMACHO al régimen de ahorro individual administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

NULIDAD DEL TRASLADO

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, cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 15); formatos 1 emitidos por el Hospital José María de Caldas y la E.S.E. Hospital Pedro León Álvarez Díaz (fl. 17); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 18 y 19); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 20 a 29 y 184 a 192); formulario de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl. 30, 32, 147 y 148); formulario de afiliación emitido por Skandia (fl. 31); simulación pensional emitida por Porvenir S.A. (fl. 33 a 36); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 37); reclamación administrativa (fl. 38 a 40); certificación emitida por Old Mutual (fl. 41); solicitud elevada ante Porvenir S.A. (fl. 42 y 43); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 44 a 50 y 193 a 198); expediente administrativo (fl. 93); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 144 a 146); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 149 y 180); relación histórica de movimientos emitida por Porvenir S.A. (fl. 150 a 179); resumen de historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 181 a 183).

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*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado de sus afiliados, la cual fue incorporada en el numeral 3.13 del Capítulo I, Título III, Parte II de la Circular Externa 029 de 2014 (Circular Básica Jurídica), así:

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente, la Corte considera necesario hacer una precisión frente al razonamiento del Tribunal según el cual el precedente de esta Corporación solo tiene cabida en aquellos casos en que el afiliado se cambia de régimen pensional a pesar de tener consolidado un derecho pensional. Es decir, el Colegiado de instancia consideró que el precedente vertido en los fallos CSJ SL 31989, 9 sep.



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de febrero de 1996 (fl. 18), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 25 de enero del 2000 (fl. 30), seguido a ello, el 21 de febrero de 2007, realizó un traslado horizontal dentro del mismo régimen, para en esta oportunidad afiliarse a la AFP Skandia hoy Old Mutual Pensiones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y Cesantías S.A., por último, el 30 de septiembre del 2009, retornó a la AFP Porvenir S.A., tal como se desprende de los formularios de afiliación vistos a folios 30 a 32 del expediente, aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folios 144 a 146 del expediente, fondo éste último, 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.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 30).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativa en afirmar que *«... Para el año 2000, comienzos del año 2000, comienzos de enero si no estoy mal, nos solicitaron por una directriz gerencial del Hospital que debíamos tener una reunión, esa reunión fue grupal con Porvenir, en la que nos indicaron que todos los que estábamos afiliados al Seguro Social debíamos trasladarnos a un fondo privado debido a que el Seguro Social se acababa y pues íbamos a perder los aportes que teníamos; efectivamente así se realizó...»*. (Cd. Fl. 237).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (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.

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

Ahora bien, sea pertinente advertir, que pese a que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, no se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones»

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones, modificar el numeral primero de la sentencia apelada, en el entendido de ordenar a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos si ya fueron redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, en lo demás, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 2 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **AURA ROCÍO**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MAHECHA CAMACHO contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, en el entendido de **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos si ya fueron redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la única apelante Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written in a cursive style.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **SANTIAGO CEMBRANO CABREJAS** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **SANTIAGO CEMBRANO CABREJAS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad e ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y aquellas adelantadas ante PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A.; como consecuencia de lo anterior, se declare que ha permanecido en el régimen de prima media sin solución de continuidad; ordenar a PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales por concepto de aportes obligatorios y rendimientos; debiendo COLPENSIONES reactivar la afiliación del demandante considerándolo siempre vinculado al RPM y recibiendo los aportes y rendimientos devueltos, actualizando y corrigiendo la historia laboral; se condene a PROTECCION S.A. y COLFONDOS S.A. al pago de perjuicios morales estimados en 200 SMLMV, costas del proceso. De manera subsidiaria reclama la inexistencia del acto del traslado, folios 111 a 113.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 113 a 116 de las diligencias, manifestando en síntesis que nació el 28 de julio de 1955, que laboró en diferentes entidades de derecho público estando afiliado en régimen de prima media a través de CAJANAL y COLPENSIONES. Indica que, en diciembre de 1994 por no recibir



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

información técnica y adecuada, suscribió formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. y en julio de 2001 a SANTANDER hoy PROTECCION S.A.; considerando que los citados fondos resultaban más beneficiosos que el RPM. No obstante, atendiendo su edad pensional aquella es desventajosa y conduce a concluir que su consentimiento estuvo viciado de nulidad absoluta. Resalta que las entidades demandadas no le advirtieron los riesgos del traslado, que la pensión sería inferior, que no podría pensionarse por estar sujeto al capital de la cuenta individual y por las diversas modalidades, guardando silencio respecto a la negociación del bono pensional, el funcionamiento del fondo privado y la posibilidad de retracto. Agrega que PROTECCION S.A. realizó proyección pensional que arrojó una ostensible diferencia con aquella que devengaría en prima media; circunstancia que condujo la interposición de diversos derechos de petición solicitando la nulidad de la afiliación; empero, aquellas fueron negadas por las demandadas.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que el demandante se vinculó voluntariamente al régimen de ahorro individual sin que probará causal de nulidad o vicios en el consentimiento. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción y caducidad; inexistencia del derecho y de la obligación; cobro de lo no debido; presunción de legalidad de los actos administrativos; buena fe y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 149 a 157.

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** manifestando su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el contrato de afiliación celebrado con el accionante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, en la medida que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, la manifestación de voluntad por no presentarse ocultamiento



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

en la información antes ni al momento de la firma del formulario. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS; buena fe; prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y, las que se prueben, folio 184 a 195.

Finalmente, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** manifestando su rechazo a los reclamos invocados en su contra, aduciendo para el efecto que el acto resulta existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; el cual fue solemnizado a través de la suscripción de forma libre y espontanea. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones e innominada, folios 201 a 213.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 25 de junio de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por el demandante con destino a COLFONDOS S.A. el 9 de diciembre de 1994 y, en consecuencia, se condena a la AFP PROTECCIÓN S.A., actual administrador de la cuenta individual del accionante, a trasladar, la totalidad de las sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo todos los frutos e intereses que la misma haya producido y en general todas las sumas que haya recibido por concepto de la cotización realizada en favor del demandante; **condenar** a COLPENSIONES a recepcionar la totalidad de recursos que girara PROTECCIÓN S.A., en cumplimiento del numeral 1º y activar la afiliación al régimen de prima media con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

prestación definida, como único régimen válido al cual se encuentra afiliado el demandante; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** en costas a las demandadas. (CD folio 307).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, atendiendo los pilares establecidos por la Corte Suprema de Justicia para dar viabilidad a la nulidad del traslado, se evidencia que para la fecha de movilidad del accionante, la AFP se encontraba con la obligación de entregar una información completa, veraz, entendible y con un alcance que permitiera dilucidar un consentimiento informado; sin embargo, aquella no fue probada ni deviene del formulario suscrito, sin que para ello resultara indispensable contar con la calidad de beneficiario del régimen de transición. Aspecto que tampoco se demostró con el interrogatorio de parte del demandante y el testimonio recepcionado.

RECURSO DE APELACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada **contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis que el demandante se encontraba habilitado para suscribir una vinculación con COLFONDOS, sin que se denote ausencia de información más aún cuando tiene la calidad de profesional en comercio internacional, lo cual hace denotar un conocimiento en el sistema financiero y obtener un entendimiento de la información dada, lográndose evidenciar que no era un afiliado lego. Manifiesta que el acto de traslado derivó de una acción realizada por terceros no siendo acertado trasladar los actos a esa entidad. Resalta que si bien no se desconoce el deber de información, no puede señalarse que aquella no se entregó al convocante de la acción o que resultara genérica como lo indicó el Juez de instancia, en la medida que del interrogatorio absuelto es claro que conocía situaciones exclusivas del RAIS tales como que el dinero aportado construiría su pensión. Señala no encontrar afectación real, pues no se está negando un derecho si no que, lo que se busca, es lograr una expectativa netamente económica. Se aduce que aun cuando el juzgado considera que la permanencia en el sistema no es una ratificación de la decisión, si es una expresión de la voluntad con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

actos de relacionamiento con la entidad pensional, al punto que fueron aquellos los que dieron paso a un traslado horizontal. Repara en el traslado de la carga de la prueba, señalando que la misma no puede efectuarse de manera genérica sino con un análisis para cada caso y, para el presente al aducir el incumplimiento en el deber, debía incorporar algún tipo de prueba que verificara la acusación. Concluye señalando la afectación al principio de sostenibilidad financiera, en tanto los únicos que pueden trasladarse en cualquier momento son aquellos que contaron con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; circunstancias por las cuales igualmente peticona la absolución por costas procesales al ser un tercero ajeno al nexo inicial.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandante: Este extremo reclamó la confirmación del fallo de primer grado, aduciendo que bajo *«los parámetros que ha venido estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones hasta hoy uniformes, en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información, que existe desde que nació la Ley 100 de 1993 y que no se probó por parte del fondo privado estando en la obligación de hacerlo».*

Parte demandada: la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el traslado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

manera libre y voluntaria, donde el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma el 23 de abril de 2018, folio 36 de las diligencias.

PROBLEMA JURIDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realizada por SANTIAGO CEMBRANO CABREJAS al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación del accionante (fl. 4), formularios de afiliación (folios 5 y 6), reporte de semanas cotizadas en pensionales e historia laboral individual (folios 7 a 14), certificado de información laboral (folio 15 y 16), reclamaciones administrativas y su respuesta (fls. 17 a 40), expedientes administrativos obrante en las demandadas (CD folio 148, 218 a 242), historial de vinculaciones (fl. 167), interrogatorio de parte rendido por el demandante y testimonio absuelto por Roxana Prieto Rojas (medio magnetofónico folio 278).

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 señaló *«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 de que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 indicado, 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, señaló:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

«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, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente. Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado.

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado a CAJANAL por el interregno del 24 de octubre de 1991 al 7 de junio de 1992 (folio 15), para luego trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A el 9 de diciembre de 1994 (folio 5), con efectividad al 1° de enero de 1995 (folio 167); con posterioridad se movilizó a la AFFP SANTADER hoy PROTECCIÓN S.A. el 6 de julio de 2001 (folio 6); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folio 7 a 14, 221 a 234); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura que la AFP COLFONDOS S.A. tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 5.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de Colfondos S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y, que solo en esa AFP, lograría mayor eficiencia en el manejo de los recursos. (folio 278).

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP COLFONDOS S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

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

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente engendran un vicio de consentimiento denominado dolo, como ya se advirtió, pues se indujo al afiliado en error en el traslado, indistintamente del tiempo que haya transcurrido luego de la movilidad de régimen o que se haya trasladado de AFP, pues, las personas se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pueden mantener por largo tiempo engañadas, mientras no se les ponga en conocimiento el daño realmente sufrido, de ahí que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... 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 y CSJ SL4689-2018, 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».

Ahora, interesa advertir que aun cuando al momento del traslado el demandante se encontraba afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE, también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

En las condiciones analizadas, si bien en virtud de los efectos de la declaratoria de nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, en principio podría pensarse que el demandante quedaría válidamente afiliado a Cajanal, en atención de la liquidación de esta



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

última entidad y la orden perentoria de trasladar sus afiliados al extinto Instituto de Seguros Sociales, resulta procedente ordenar a la AFP PROTECCIÓN efectuar el traslado de la totalidad de los aportes elevados por el demandante en su cuenta de ahorro individual a la demandada Colpensiones.

Ahora, atendiendo la ausencia de disposición respecto a la devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión adiciona el proveído de primer grado en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar *«a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo»*.

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por** mesadas pensionales **o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...
(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas, en estudio del asunto en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, en la medida que, al estar en presencia de una obligación de hacer que, a futuro, implicará la concesión de una posible prestación pensional, resulta adversa a esa entidad la no entrega de tal concepto.

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

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia sin costas dadas las resultas del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL PRIMERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 25 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** que traslade la totalidad de dineros,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas, dado el resultado del grado jurisdiccional de consulta.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANA MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ TELLEZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** Y **CARLOS ALBERTO CORTES FERNÁNDEZ**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **ANA MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ TELLEZ** a través de apoderada judicial, pretende se declare que le asiste derecho a que Colpensiones le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Luis Alberto Cortes Dulcey (q.e.p.d), en porcentaje del 100%; que se declare la validez del acto administrativo 24181 de 1° de enero de 2012; que se declare que al señor Carlos Alberto Cortes Fernández no le asiste derecho sobre la prestación pensional de sobrevivientes; en consecuencia, se condene a la encartada a que le reconozca y pague el 50% de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de Luis Alberto Cortes Dulcey (q.e.p.d) que ha dejado de percibir a partir del mes de septiembre de 2015, en razón a la redistribución del reconocimiento prestacional inicialmente reconocido, junto con las mesadas adicionales y los incrementos de ley; el retroactivo que se genere; los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; las costas y agencias en derecho. (fl. 35 y 36).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 32 a 35 del expediente digital, en los que en síntesis advierte que mediante Resolución 4932 de 24 de abril de 1992, se le reconoció la pensión de vejez al señor Luis Alberto Cortes Dulcey; que al momento del fallecimiento del causante, esto es, el 9 de noviembre de 2011, convivía con aquel; que mediante Resolución 24181 de 1° de enero de 2012 Colpensiones le reconoció la sustitución pensional en calidad de compañera permanente en porcentaje del 100%; que nunca tuvo trato ni conocimiento del señor Carlos Alberto Cortes; que su compañero nunca le manifestó que tenía un hijo en estado de invalidez y mucho menos que dependiera económicamente de él; que se dio por enterada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de la existencia del joven Carlos Alberto Cortes, dos años después del fallecimiento de su compañero, al ser notificada de la redistribución de la prestación pensional en el 50% para cada beneficiario, lo cual acaece mediante Acto Administrativo 269541 de 2 de septiembre de 2015; que nunca fue notificada del adelantamiento del trámite administrativo, por lo que no pudo defender sus intereses; que mediante Resolución GNR 269541, la Entidad demandada ordenó la devolución de \$14.781.835, desconociendo los derechos adquiridos de buena fe; que el 18 de mayo de 2017, solicitó la revocatoria de la Resolución GNR 269541 de 2 de septiembre de 2015, la cual fue negada por la entidad.

CONTESTACIÓN: El demandado **CARLOS ALBERTO CORTES FERNÁNDEZ**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que le asiste derecho al reconocimiento prestacional en tanto padece de una incapacidad desde muy temprana edad y en tal virtud no se le puede suspender el único medio económico de subsistencia. **Excepciones:** Formuló las que denominó falta de competencia y jurisdicción, inexistencia del derecho reclamado y la genérica. (fl. 57 a 61).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda, presentó oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el *libelo* introductor, al considerar, en esencia, que en el caso bajo estudio se presentaron tanto la demandante como el señor Carlos Alberto Cortes Fernández, quienes acreditaron la condición de beneficiarios del causante y por tanto se procedió al reconocimiento prestacional en proporción para cada uno de allí intervinientes. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inexistencia de la obligación cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica. (fl. 67 a 73).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 28 de julio de 2020, resolvió **absolver** a los demandados de todas y cada una de las pretensiones de la demanda; **declarar** probadas las excepciones de fondo de inexistencia del derecho reclamado y de inexistencia de la obligación formulada por los extremos pasivos y **condenar** en costas a la demandante. (Cd. Fl. 94).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el presente asunto teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del causante, es la Ley 797 de 2003, la llamada a gobernar la materia y es así que en el artículo 13 de dicha disposición normativa, se tienen como beneficiarios, los hijos del causante inválidos que dependa económicamente del fallecido pensionado o afiliado. Así, al valorar las pruebas acopiadas al proceso se logra extraer que, en efecto, el señor Carlos Alberto Cortes fue dictaminado con una pérdida de capacidad laboral del 59.32% y que ese estado de invalidez se estructuró desde el 22 de abril de 1986, lo que permite el cumplimiento del primero de los pedimentos que imprime la norma, esto es ser hijo inválido, en lo referente a la dependencia económica, la misma también se encuentra acreditada, en tanto de los interrogatorios de parte, los testimonios y los documentos que fueron incorporadas a las diligencias, diáfano se concluye, que el demandado Carlos Cortes sí dependía económicamente del fallecido pensionado. Por último, en lo atinente a la revocatoria del acto de redistribución de la prestación pensional, la misma no procede en tanto en el presente asunto no se dan los presupuestos previstos en la Ley 1437 de 2011, y por demás porque no se vulneró el debido proceso como se aduce por la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *a quo*, la parte demandante ANA **MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ TELLEZ**, interpuso recurso de apelación, en el que esgrime, como motivos de disidencia, que a lo largo de la decisión



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

se efectuó una indebida valoración de la prueba tanto en los documentos que fueron aportados por Colpensiones, como de las pruebas que fueron recaudadas en el devenir del proceso, ello, por cuanto la dependencia económica del demandado para con el causante, nunca existió, pues se aplicó una interpretación paternalista a lo que se entiende por dicha figura; es claro, que en el presente asunto no hubo prueba alguna que acreditara una ayuda mínima o de cualquier otro tipo del padre para con el hijo invalido de forma determinante. Por último, censura la falta de pronunciamiento respecto de la obligación de devolver dineros a Colpensiones por concepto de la estudiada redistribución pensional, dineros que recibió de buena fe y que no debe operar devolución alguna.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales se manifestaron de la siguiente manera:

Parte demandante: En la oportunidad procesal concedida, la parte accionante allegó escrito de alegaciones de conclusión, en el que petitionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que al no existir prueba alguna de la dependencia económica como así lo exige la norma y al no existir tampoco prueba parcial del aporte, no puede beneficiarse el demandado de la prestación que le fue reconocida por Colpensiones, sumó a ello, que el juez de primera instancia se equivoca en su sentencia pues hace una indebida valoración de la prueba e incurre en violación de la ley pues la norma de donde se exige la condición de dependencia económica sigue vigente , por ende debe demostrarse sin asomo de duda, el aporte parcial o total con pruebas y no con suposiciones, bajo el amparo de una condición de invalidez. Por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

último, señaló se debe reconsiderar el recobro de los dineros por actuar de buena fe.

Parte demandada: este extremo petitiona la absolución, relacionando la normativa sobre convivencia, beneficiarios y dependencia.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la documental que milita a folios 23 a 31 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, es establecer si el señor Carlos Alberto Cortes Fernández, en condición de hijo invalido, es beneficiario de la pensión de sobrevivientes, con ocasión a la muerte del pensionado Luis Alberto Cortes Dulcey.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En caso afirmativo, determinar si le asiste derecho a la demandante a no devolver el porcentaje de los dineros que percibió con ocasión al reconocimiento efectuado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, en el porcentaje del 50% hasta el momento de la redistribución pensional.

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada, esta Sala de Decisión analiza el acervo probatorio legalmente recaudado en el plenario de conformidad con el artículo 60 y 61 del C.P.L. y de la S.S., en especial, Resolución 24181 de 2012, emitida por el Instituto de los Seguros Sociales (fl. 3); Resolución GNR 269541 de 2 de septiembre de 2015 emitida por Colpensiones (fl. 5 a 9); solicitud radicada ante el ISS (fl. 11); certificado emitido por la sociedad Buenfuturo (fl. 12 y 14); certificado de supervivencia de la accionante (fl. 13); certificación emitida por la sociedad Jardines de la Paz (fl. 15); solicitud de afiliación de beneficiario (fl. 16); declaraciones extra proceso (fl. 18 a 21); respuesta emitida por el Ministerio de cultura (fl. 22); Resolución SUB 119088 de 5 de julio de 2017 (fl. 23 a 31); expediente administrativo (fl. 78 y 90).

Así mismo, fue absuelto el interrogatorio de parte del señor Carlos Alberto Cortes Fernández, quien al cuestionársele respecto de la dependencia económica para con el causante padre, afirmó que *«Pues eso lo maneja es mi mamá, es la que en el tiempo que mandaba mi papá esa platica pues, ella trabajaba y con lo que mandaba mi papá con eso nos solventábamos, pues como yo no puedo trabajar, yo no hago nada»*, precisó que *«... mientras vivió y mientras estaba bien, él me mandaba por ahí 800, 400 que eso era lo que me decía mi mamá que mi papá me mandaba para sustentar mis gastos y lo que se necesitaba para nosotros»*, en cuanto a la periodicidad con que su progenitor le enviaba el dinero, aquel señaló que *«Cada 3 meses, 4 meses»*, y respecto a en que forma empleaba tal estipendio, adujo que *«En comida, en ropa»*.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Frente al interrogatorio de parte que absolvió la demandante, aquella fue reiterativa y consistente en señalar que no tenía conocimiento de la existencia del señor Cortes Fernández, pues en el tiempo que convivió con el causante, aquel nunca le manifestó de la existencia de un hijo en condición de invalidez, sumó a ello, que no era posible que el *de cuius* le remitiera dinero al demandado por cuanto los recursos que acreditaba la pareja tan sólo les daba para pagar el arriendo, comida y otros gastos, pero que no era posible que quedara dinero para girarlo como lo sostiene el descendiente del causante.

A su turno, fueron escuchados los testimonios de Gerardo Alirio Sánchez Cortes y Alirio Omar Sánchez Vidal, quienes al unísono y de forma consistente afirmaron constarles que el causante era quien proveía cada 3, 4 y 5 meses, cuando podía, lo necesario para atender las necesidades del hijo invalido, que dichos recursos se empleaban para la compra de medicamentos y sostenimiento del hogar, pues el señor Cortes Fernández nunca laboró dado su discapacidad, también señalaron que como los aportes eran periódicos de 3, 4 o 5 meses, los familiares cercanos le suministraban el apoyo al accionado, pero que sin embargo, aquel no era suficiente y siempre dependían de los dineros que remitiera el progenitor. Al cuestionárseles respecto de los montos que giraba el causante, aquellos contestaron al unísono que a veces 800,000, a veces 400.000 y a veces 600.000 y que daban fe de ello, por cuanto, en el caso del señor Sánchez Vidal, el fallecido pensionado siempre lo llamaba para que constatará si el dinero ya le había sido entregado a la madre del señor Cortes Fernández, y en lo que toca al testigo Sánchez Cortes, señaló que le constaba por cuanto los dineros eran enviados en ocasiones con su señor padre.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Efectuadas las anteriores precisiones, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el afiliado causante y los posibles beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cuius* le correspondía dejar reconocido el derecho a la pensión bien de vejez o invalidez o una densidad de semanas de cotización, y por su parte, los beneficiarios deben acreditar su cualificación legal, ello es, demostrar mediante prueba idónea su calidad respecto del causante, o la dependencia económica cuando se refiere a hijos discapacitados o padres; aclarando que ambos pedimentos deben concurrir para la causación de la pensión de sobrevivientes.

Es menester precisar que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha determinado que es la fecha de fallecimiento del pensionado o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 9 de noviembre de 2011, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«**ARTÍCULO 12.** El artículo [46](#) de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

(...)2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento (...)

«**ARTÍCULO 13.** Los artículos [47](#) y [74](#) quedarán así:

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

(...)

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de este (Resalta fuera de texto)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De cara a lo anterior, no existe duda de la calidad de pensionado del señor Luis Alberto Cortes Dulcey (q.e.p.d.), aspecto que se ratifica de los actos administrativos emitidos por el Instituto de Mercadeo Agropecuario –Idema (fl. 1 y 15) anexo al expediente administrativo, que fuera luego asumida por el ISS mediante Resolución 4932 de 24 de abril de 1992, tal como da cuenta el archivo de reconocimiento anexo al expediente administrativo, este último en el que se informa que la administradora del régimen de prima media le otorgó pensión de vejez a partir del 19 de febrero de 1990 en cuantía de \$41.025.

Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la condición de beneficiario del señor Carlos Alberto Cortes Fernández para con el señor Luis Alberto Cortes Dulcey, junto con la dependencia económica respecto al causante, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, evidencia esta Sala que el primer cuestionamiento, esto es la condición de hijo invalido, no es discutida, pues la misma se acreditó con el registro civil de nacimiento y el acta de bautismo que obran en el archivo digital allegado por Colpensiones, en tanto, la condición de invalidez no fue objeto de reparo por la entidad accionada ni por la demandante, aspecto que por demás se encuentra acreditado en el cuerpo de la resolución de reconocimiento pensional en el que se detalla que mediante Dictamen 20131466100 de 17 de junio de 2013, se le asignó una pérdida de capacidad laboral del 59.32% a partir del 22 de abril de 1986.

De manera que, en cumplimiento a lo ordenado por la norma regente del asunto al advertir que «*para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993*», se comprueba diáfananamente que a pesar de que el demandante fue calificado en el 2013, tiempo posterior a la muerte del causante, lo cierto es que de dicho dictamen se extrae que la condición que deterioró su salud



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

acaeció el 22 de abril de 1986, y fue de tal magnitud, que se manifestó en un 59.32%, ubicando al actor dentro de aquella población que se define como invalida.

Ahora bien, resta por acreditar si se cumplieron los presupuestos para que el demandante se considere dependiente económicamente del causante, y sobre el particular, resulta necesario remitirnos a la jurisprudencia constitucional, en especial, la sentencia C-111 de 2006 mediante la cual se estudió la exequibilidad de la norma relacionada, y que en sus apartes pertinentes indicó:

«De lo expuesto se concluye que la dependencia económica supone un criterio de necesidad, esto es, de sometimiento o sujeción al auxilio recibido de parte del causante, de manera que el mismo se convierta en imprescindible para asegurar la subsistencia de quien, como los padres, al no poder sufragar los gastos propios de la vida pueden requerir dicha ayuda en calidad de beneficiarios. Por ello la dependencia económica no siempre es total y absoluta como lo prevé el legislador en la disposición acusada. Por el contrario, la misma responde a un juicio de autosuficiencia, que en aras de proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la dignidad humana, admite varios matices, dependiendo de la situación personal en que se encuentre cada beneficiario.

Así las cosas, es claro que el criterio de dependencia económica tal como ha sido concebido por esta Corporación, si bien tiene como presupuesto la subordinación de la padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo para subsistir, no excluye que aquellos puedan percibir un ingreso adicional siempre y cuando éste no los convierta en autosuficientes económicamente, vale decir, haga desaparecer la relación de subordinación que fundamenta la citada prestación.

(...)

26. *Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. En este contexto, es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.*

En este contexto, se han identificado por la jurisprudencia un conjunto de reglas que permiten determinar si una persona es o no dependiente, a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

partir de la valoración del denominado mínimo vital cualitativo, o lo que es lo mismo, del conjunto de condiciones materiales necesarias para asegurar la congrua subsistencia de cada persona en particular. Estos criterios se pueden resumir en los siguientes términos:

1. Para tener independencia económica los recursos deben ser suficientes para acceder a los medios materiales que garanticen la subsistencia y la vida digna.
2. El salario mínimo no es determinante de la independencia económica.
3. **No constituye independencia económica recibir otra prestación.** Por ello, entre otras cosas, la incompatibilidad de pensiones no opera en tratándose de la pensión de sobrevivientes como lo reconoce expresamente el artículo 13, literal j, de la Ley 100 de 1993.
4. **La independencia económica no se configura por el simple hecho de que el beneficiario esté percibiendo una asignación mensual o un ingreso adicional.**
5. Los ingresos ocasionales no generan independencia económica. Es necesario percibir ingresos permanentes y suficientes.
6. **Poseer un predio no es prueba suficiente para acreditar independencia económica**» (Acentúa la Sala).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación 72610 de 27 de noviembre de 2019, con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena, estudio la figura de la dependencia del hijo inválido para con el progenitor causante, oportunidad en la que enseñó que:

«De otra parte esta Sala, en nutrida jurisprudencia, ha precisado que la dependencia económica que es exigida a los padres o a los hijos dependientes para acreditar la condición de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, no implica que los mismos se encuentren en estado de mendicidad, con lo cual pueden contar con recursos propios u otras fuentes de recursos, no obstante los mismos no les permiten una autosuficiencia (sentencias CSJ SL9640 – 2014, CSJ SL9640 – 2014, SL8928 – 2014, CSJ SL30790-2007, CSJ SL22132-2004, CSJ SL24141-2005, CSJ SL26406-2006, CSJ SL30348-2007, y CSJ SL31205-2007).

Con ello se entiende que la dependencia económica de los padres o de los hijos respecto de aquéllos, que aspiran al reconocimiento como beneficiarios, no tiene que predicarse total y absoluta respecto del pensionado fallecido; no obstante no se puede entender que esto habilitó que cualquier ayuda por parte del progenitor o del descendiente se



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

convierte en dependencia económica SL 14539-2016, SL 4103-2016 y SL 16184 -2015 y con ello deben aplicarse criterios que permiten distinguir entre la simple ayuda o colaboración propia de la solidaridad familiar, de la dependencia real dirigida a que los ingresos que el hijo procuraba a sus progenitores o de éstos eran de tal entidad que sin ellos tendrían un cambio sustancial de las condiciones de su subsistencia».

Criterio que fuera acogido en una decisión más reciente, como lo es la sentencia SL 3617 de 9 de septiembre de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que moduló que:

«Ahora bien, aunque una lectura desprevenida de la disposición podría llevar a entender que el potencial beneficiario de la prestación debe acreditar ser el único responsable de todos los gastos de manutención y subsistencia del hijo inválido, tal intelección resulta equivocada y contraria a la norma, porque el cuidado, custodia, corrección y manutención de los hijos, por regla general competen a ambos padres y solo en situaciones excepcionales, estos se ejercen individualmente -situaciones de viudez, madres/padres cabeza de familia, privación de la patria potestad, entre otros-.

De manera similar, esta Sala en las sentencias CSJ SL17898-2016, CSJ SL1991-2019 y CSJ SL2585-2020, entre otras, ha reiterado que la dependencia económica no viene asociada a los conceptos de madre y padre cabeza de familia y, mucho menos, se exige la subordinación monetaria total y exclusiva respecto de uno de los padres, pues tal hermenéutica desconoce la obligación de alimentos que constitucionalmente le concierne a los progenitores por igual y, en esa medida, «la norma no puede tener el efecto de liberar de las obligaciones familiares y alimentarias a los padres, por lo que es factible el soporte económico de ambos progenitores». Así se explicó en la primera de las sentencias enunciadas:

(..)

Del mismo modo, se reitera lo dicho por esta Sala, en cuanto a que tal dependencia tampoco viene asociada a que el padre o madre deba ser responsable exclusiva/o del cuidado de su hijo. Esa exigencia conllevaría a que una persona deba dedicarse tiempo completo a proporcionar la atención y asistencia que requiera su hijo y, simultáneamente, se encuentre activo laboralmente para así reunir las cotizaciones mínimas. Dicho de otro modo, no resulta razonable exigir a Holmes León Galvis Elvira el acompañamiento permanente de su hija y, a la vez, que esté activo en el mercado laboral para completar el mínimo de semanas, exigencia que no solo raya con las reglas de la lógica, también constituye un obstáculo serio para la realización del derecho a la seguridad social y la real protección debida a los hijos en condición de discapacidad»



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así mismo, en un pronunciamiento más reciente, la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral en sentencia SL 650 de 2020, con ponencia de la Magistrada doctora Clara Cecilia Dueñas Quevedo, adoctrinó respecto de la dependencia económica que:

«... vale recordar que esta Sala ha determinado que no se requiere la carencia absoluta y total de ingresos o que el eventual beneficiario o beneficiaria se encuentre en la «indigencia», de modo que si existen asignaciones mensuales, ingresos adicionales o cualquier otra acreencia de la que son titulares, no por ello puede afirmarse que la persona se constituya en autosuficiente económicamente.

(...)

... no es posible hacer suposiciones o conjeturas aritméticas a fin de restarle importancia al aporte que el de cujus le hacía a su madre, pues, por el contrario, lo que dedujo el Tribunal de los testimonios, es que aquel ayudaba con los servicios y el mercado, necesidades, que sin duda alguna, son importantes en cuanto a la congrua subsistencia de la peticionaria.

(...)

Por ello, se ha dicho que la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de este último se ve amenazada en importante nivel, al punto de poner en riesgo sus condiciones de vida digna. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grado suficiente de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece». (Subrayado fuera de texto).

Del anterior contexto jurisprudencial se extrae, que para acceder al beneficio pensional de la sobrevivencia, el beneficiario debe demostrar la efectiva dependencia económica con el causante, entendida ésta, como la imposibilidad de procurarse por sus propios medios la calidad de vida que ostentaba previo al fallecimiento del afiliado o pensionado, al punto que ante la falta de los ingresos que aportaba el *de cujus*, se ponen en riesgo la vida digna que en las condiciones habituales gozaba, es decir, que no se requiere que quien persigue el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se encuentre en condiciones de indigencia o ante la carencia absoluta y total de ingresos, sino que, aquellos que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

percibe, no le permiten satisfacer de forma íntegra las necesidades básicas que presenta el hogar.

De esta manera, y teniendo claridad que la dependencia económica que exige la norma pensional no debe ser absoluta y total, pues ello iría en contra de los principios propios de un Estado Social de Derecho que pretende propender por los derechos esenciales e inherentes de la persona, pues aceptar lo contrario, sería intentar un estado de absoluta necesidad de los padres respecto de los hijos o viceversa, es que descende esta Sala de Decisión a analizar el material probatorio legalmente recaudado.

Al punto, como se señaló en líneas anteriores, fueron escuchados los testimonios de Gerardo Alirio Sánchez Cortes y Alirio Omar Sánchez Vidal, quienes al unísono y de forma consistente afirmaron constarles que el causante era quien proveía cada 3, 4 y 5 meses, cuando podía, lo necesario para atender las necesidades del hijo invalido, que dichos recursos se empleaban para la compra de medicamentos y sostenimiento del hogar, pues el señor Cortes Fernández nunca laboró dado su discapacidad, también señalaron que como los aportes eran periódicos de 3, 4 o 5 meses, los familiares cercanos le suministraban el apoyo al accionado, pero que sin embargo, aquel no era suficiente y siempre dependían de los dineros que remitiera el progenitor. Al cuestionárseles respecto de los montos que giraba el causante, aquellos contestaron al unísono que a veces 800,000, a veces 400.000 y a veces 600.000 y que daban fe de ello, por cuanto, en el caso del señor Sánchez Vidal, el fallecido pensionado siempre lo llamaba para que constatará si el dinero ya le había sido entregado a la madre del señor Cortes Fernández, y en lo que toca al testigo Sánchez Cortes, señaló que le constaba por cuanto los dineros eran enviados en ocasiones con su señor padre.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Aspectos que se acompañan con lo depuesto por el demandado en el interrogatorio de parte que absolvió, sin desconocer, que en nada se difiere de la documental que reposa en el expediente administrativo allegado por Colpensiones y las declaraciones extra proceso legalmente allegadas al informativo, en las que si bien existen algunas disparidades en torno a la convivencia del causante para con la madre del demandado, así como en datos de ubicación emporo espacial, en nada disienten respecto de la dependencia económica del señor Cortes Fernández para con su padre fallecido, y si bien no obran documentos tales como recibos, o desprendibles de consignación que den cuenta de los giros y el monto girado, no se puede desconocer que los testigos sí fueron consistentes en señalar la acescencia de la ayuda del padre en atención de la condición de su hijo.

Ahora, no se le puede restar validez a la periodicidad del aporte, pues el simple hecho de que no sea mensual, ello por sí sólo no desvirtúa tal institución, contrario a ello, se sabía que el causante efectuaba un aporte considerable cada 3, 4 o 5 meses, según lo permitieran las condiciones económicas, y es que en este aspecto, la demandante afirmó que el causante y ella tan sólo reunían en conjunto para los gastos del hogar, lo que lleva a inferir, que la situación económica del padre causante no era la mejor como para suministrar mensualmente la manutención del hijo invalido, y si a eso se le suma que remitía los dineros con un amigo que venía a la ciudad de Bogotá, ello, permite entender el porqué del aporte trimestral o superior,

Manifestaciones anteriores, que vislumbran sin lugar a otros cuestionamientos, que la ayuda entregada por el *de cujus* era esencial para una adecuada subsistencia convocado a juicio, pues debe recordarse, que tanto los testigos y el mismo accionado, señalaron que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

los dineros eran tan de vital importancia que le permitían sufragar los gastos de alimentación, vestuario y medicamentos, sumados a los aportes de familiares, los cuales en conjunto le permitían sobre llevar su enfermedad, sin los cuales, es posible que su vida digna y su congrua subsistencia se vieran claramente afectados, tal y como lo indicaron las Altas Cortes en sentencias preliminares,

Es de precisar, que al constatarse el socorro por parte de los familiares allegados, y acreditarse un posible ingreso adicional, no lo constituye en autosuficiente, si de economía se trata, aportes que lejos de constituir una autosuficiencia, como así lo sostuvo la parte demandante, reflejan la verdadera dependencia económica del demandado para con el causante a efectos de satisfacer la subsistencia congrua.

En ese orden de ideas, y cumplidos los presupuestos para ser beneficiario el señor Carlos Alberto Cortes Fernández de la pensión de sobrevivencia con ocasión del fallecimiento de padre Luis Alberto Cortes Dulcey, no le queda otro camino a la Sala diferente a confirmar la sentencia apelada en este aspecto.

IMPOSIBILIDAD DE DEVOLVER LOS DINEROS RECIBIDOS DE BUENA FE

Censura la parte demandante la omisión por parte del sentenciador de primer grado frente a la pretensión encaminada a no debitar los valores que por concepto de prestación pensional había recibido con antelación a la redistribución de dicha prestación.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Para resolver, debe decirse que ha sido copiosa la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en el sentido de advertir que ante la existencia de un nuevo beneficiario, serán quienes primigeniamente ostentaron la condición de acreedores de una prestación pensional, los que procedan a reconocer las sumas debidas en el porcentaje pertinente.

Al respecto, en la sentencia rad. 34939 de 15 de febrero de 2011 esa Alta Corte ilustró:

«Al margen de lo dicho (...) y al respecto conviene traer a colación lo señalado por la Corte en sentencia del 24 de junio de 1999 radicado 11862, reiterada en casación del 21 de febrero de 2006 radicación 24954 (...):

(...)

*En todas estas eventualidades siempre debe contemplarse la posibilidad de que posteriormente acudan nuevos beneficiarios que no han sido parte en los procesos y, por tanto, dado que su situación es individual, al no darse cosa juzgada frente a ellos, hay lugar a que ejerciten sus propias acciones. Si ello ocurre, **debe recordarse que los beneficiarios que hubieren recibido son los obligados para con los nuevos, respecto de los derechos que a estos correspondan.***

(...)»

Reseñado en igualdad de términos en la sentencia rad. 41821 del 20 de junio de 2012.

Por manera que, al evidenciarse que Colpensiones efectuó el pago a la inicial beneficiaria de buena fe, en tanto la solicitud de trámite de reconocimiento, encuentra su soporte en las normas propias que rigen la prestación bajo estudio, y que para el momento de su otorgamiento no se acreditaba beneficiario disímil a la allí solicitante, teniéndose en cuenta que tan sólo con posterioridad al reconocimiento inicial, se clasificó como invalido al señor Carlos Alberto Cortes Fernández, cumpliendo, así hasta ese momento, los requisitos para acceder a la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensión de sobrevivientes, por lo que la administradora ni la demandante podían conocer de la existencia de un reclamante nuevo.

En tal virtud, no resulta procedente fulminar condena en contra de Colpensiones pues ello constituiría un doble pago, a más que se encuentra en cabeza de quien recibió las mesadas pensionales en su integridad, proceder a efectuar el pago de las mensualidades a favor de Carlos Alberto Cortes Fernández, o de haberse ya reconocido el valor al beneficiario, retornar ese monto a la Entidad pensional, en atención al principio de sostenibilidad financiera y en pro de evitar un doble pago.

Por manera que, la solicitud elevada por la activa no está llamada a prosperar, en tanto, como se explicó, Colpensiones efectuó el pago con sujeción a las normas preceptivas legales que gobiernan la materia y conforme a lo acreditado al momento de la petición de reconocimiento prestacional.

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las mismas estarán a cargo de la única apelante Ana María Del Carmen Muñoz Téllez, dado el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad sus reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$200.000, líquidense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

celebrada el 28 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANA MARÍA DEL CARMEN MUÑOZ TELLEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **CARLOS ALBERTO CORTES FERNÁNDEZ**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia las mismas estarán a cargo de la única apelante Ana María Del Carmen Muñoz Téllez, dado el resultado de la alzada y la ausencia de prosperidad sus reparos; se tasan como agencias en derecho la suma de \$200.000, líquidense en primera instancia.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIBEL LATORRE ROJAS** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** Y EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARIBEL LATORRE ROJAS** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Protección S.A; en consecuencia, se conde a Colpensiones a recibirla y afiliarla nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca hubiese existido el traslado; se condene a la AFP Protección y a Colpensiones a reconocer los interés generados por la demora injustificada en la autorización del traslado a partir del 1° de diciembre de 1989 y hasta que se efectuó su pago; condenar a la AFP Protección S.A., a pagar las sumas adeudadas debidamente indexadas; lo que resulte probado ultra y extra petita y condenar en costas y agencias en derecho a la accionada. (fl. 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 5 de las diligencias, que prestó sus servicios personales a varios empleados desde el 1° de enero de 1983 al 31 de octubre de 1999, de forma interrumpida; que para dicho interregno realizó aportes al otrora Instituto de los Seguros Sociales; que al momento de efectuar el traslado a la AFP Davivir Pensiones y Cesantías sufrió engaño y asalto a su buena fe, no sólo por falta de información sino porque no se le informó de las consecuencias propias del traslado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición de traslado contenida en la Ley 7977 de 2003, sumó a ello, que al interior del proceso no se acreditó vicio alguno en el consentimiento que decante en la anulación del acto jurídico de traslado. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada. (fl. 42 a 46).

A su turno, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que al momento de afiliarse la demandante, lo hizo de forma libre y voluntaria, como una expresión de su voluntad, en aplicación a lo dispuesto por la legislación vigente para ese momento, sumó a ello, que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, que le impide cambiar de régimen pensional en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica. (fl. 64 a 69).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 21 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Protección S.A., el 2 de febrero del 2000; declarar que para todos los efectos legales, nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció afiliada al RPM; **ordenar** a la AFP Protección S.A., a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de Pensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración; **ordenar** a Colpensiones a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a la AFP Protección S.A. (fl. Cd.).

Lo anterior por considerar el *a quo* que en el presente asunto y a la luz de la jurisprudencia decantada emanada por la jurisdicción de cierre en materia laboral, la litis se debe despachar bajo la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, así sostuvo, que el deber de información y buen consejo para las AFP surge desde la expedición del Decreto 663 de 1993 y que conforme el decantado y pacífico criterio sentado por el Órgano de cierre en materia laboral, dicho deber surgió desde el momento mismo de la creación de las AFP, obligación que no se acreditó en el devenir del proceso, lo que conlleva a declarar la ineficacia pretendida.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no le



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

asiste razón al *a quo* al impartir condena por concepto de devolución de gastos de administración, en tanto aquellos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993, comisiones que se causaron durante el tiempo de permanencia de la afiliada al fondo pensional y que tienen, como se indicó en precedencia, sustento en la ley y fueron destinados para el fin para el cual fue creado, de proceder de manera diferente y de accederse a tal pretensión, se incurriría en un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones.

Por su parte, la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, censuró la decisión de primera instancia al considerar que la demandante se encuentra inmersa dentro de la previsión contenida en la Ley 797 de 2003, lo que le impide trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, del mismo modo señala que el desconocimiento de la ley no es un eximente de responsabilidad, de tal modo que la demandante no puede alegar que no conocía los aspectos propios del traslado de régimen pensional. Por último, señala que con la decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo guardo silencio.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones solicita la revocatoria de la sentencia apelada, al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

considerar, en esencia, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, deviniendo entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse, sumó a ello, que la AFP, atendiendo a la solicitud de afiliación que plasmo la demandante en el formulario de afiliación que se allego a órdenes del proceso, cumplió con la obligación derivada del artículo 112 de la ley 100 de 1993, en tanto la demandante cumplía con los requisitos para ser afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y no podía ser rechazado por las entidad administradora del RAIS, menos aun cuando no se encontraba inmersa en los grupos de personas excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad que trata el artículo 61 de la mencionada ley.

A su turno, la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., petitionó se revoque la sentencia de primera instancia con base a que la orden proferida por la *a quo* va en contra de una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993, que en la redacción original en su artículo 20, estipuló el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual, posteriormente fue ratificada en la Ley 797 de 2003, en su artículo 7°, sumó a ello, ha de tenerse en cuenta que si Colpensiones, no deposita los gastos de administración devueltos en la cuenta común de sus afiliados por lo que estaría enriqueciéndose sin justa causa.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 28 a 32 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las demandadas en los recursos de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por MARIBEL LATORRE ROJAS al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, reclamación administrativa y su respectiva contestación (fl. 28 a 32); expediente administrativo (fl. 41); formulario de afiliación emitido por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la AFP Davivir (fl. 70); reporte de estado de cuenta emitido por Protección S.A. (fl. 71 a 79); historia laboral emitida por Protección S.A. (fl. 80 a 89); reporte Siafp emitido por Asofondos (fl. 90).

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de marzo de 1982 tal como se advierte de la historia laboral que reposa en el expediente administrativo visto a folio 41 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Davivir S.A., hoy Protección S.A., el 2 de febrero del 2000 (fl. 70), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 90 del expediente, fondo éste último, 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.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Davivir S.A., hoy Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 90).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues fue reiterativa en afirmar que « Cuando salió la ley para la creación de los fondos de pensiones, en ese momento Seguros Comerciales Bolívar fundó su fondo de pensiones Davivir, al fundar su fondo, la empresa empezó a presionarnos a nosotros para que nos pasáramos al fondo Davivir porque el Seguro Social se iba a acabar, pero la empresa nunca, siempre que nos enviaba a los vendedores del fondo de pensiones, nunca nos sentaron a decirnos mire el fondo de pensiones cuando usted se pensione lo va a pensionar de tal, tal forma, lo único que hicieron fue, mañana, tarde, todos los días llegaba el asesor de Davivir a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

decimos que el Seguro Social se iba a terminar, además de eso a hacer presión porque si se iba a acabar el Seguro Social y Bolívar tenía su fondo de pensiones, lo más justo es que los empleados estuviéramos en el fondo de Seguros Bolívar, nunca nos dijeron lo que iba a pasar, cuando empezaron a pasar las cosas, Bolívar vendió a Davivir a nosotros nos enteró de ultimas, se lo vendió a Santander cuando ellos se dieron cuenta que no era negocio, pero sí ya nos habían involucrado a todos, pero a ninguno nos sentaron a decirnos oiga, el fondo de pensiones cuando usted se pensione realmente le va a dar esto, el sueldo mínimo, nunca nos lo dijeron, siempre nos dijeron que les va a ir mejor, que el Seguro Social se va a terminar, porque ustedes van a quedar volando, porque ustedes, y todos los días fue generando presión...», sin que más allá de ello se le indicara asesoría alguna diferente. (Cd. Fl. 92).

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

Por manera que, la AFP Davivir S.A., hoy Protección S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (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.

Suma señalar, que la omisión en la información veraz, oportuna y suficiente sobre las consecuencias del traslado, implícitamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Protección S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto ya que aquellos se encuentran contemplados en la Ley 100 de 1993, comisiones que se causaron durante el tiempo de permanencia de la afiliada al fondo pensional que tienen, como se indicó sustento en la ley y fue destinado para el fin para el cual fue creado, de proceder de manera diferente y de accederse a tal pretensión, se incurriría en un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones.

Para resolver, se tiene que acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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

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

(...)

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas. En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

Por lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Protección S.A., y Colpensiones dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 21 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARIBEL LATORRE ROJAS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes AFP Protección S.A., y Colpensiones dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **JOHN JAIRO RODRÍGUEZ BERNAL** identificado con cedula de ciudadanía No.1.070.967.487 y tarjeta profesional

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

1. 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

325.589 del C.S. de la J., para que actúe en representación de PORVENIR S.A.

Así mismo, se reconoce personería adjetiva a **ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ** identificado con cedula de ciudadanía No. 80.282.676 y tarjeta profesional 261.451 del C.S. de la J., para que actúe en representación de COLPENSIONES.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **NOHORA CECILIA ROBAYO ROBAYO** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR S.A.; como consecuencia de lo anterior, se ordene el retorno al régimen de prima medica con prestación definida, debiendo PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante; costas procesales. (folios 61 y 62).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 48 a 50 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 21 de julio de 1962 e inició la realización de cotizaciones a pensión desde enero de 1984 al otrora Instituto de Seguros Sociales, contando para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 con 10 años de cotización y 32 años de edad. Indica que en abril de 2010 fue abordada por un asesor de PORVENIR S.A., quien a través de información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional, la persuadió para trasladarse al régimen de ahorro individual, al señalarle que tendría derecho a un bono pensional con uso en cualquier momento, una pensión a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cualquier edad, con traslado a sus hijos y cónyuge en caso de fallecimiento, junto con los dineros no disfrutados en uso de la prestación pensional e infundiendo miedo por la alusión de la extinción del ISS. Aduce que la AFP nunca le informó cómo se calcularía la pensión pese a conocer que el ingreso base superaba los 2.2 salarios mínimos, así como no le entregó proyección pensional, no le indicó antes de los 47 años que podía retornar al RPM. Manifiesta que el 8 de junio de 2018 reclamó ante COLPENSIONES el traslado de régimen, mismo que fue negado en oficio del 15 del símil mes y año; petición que igualmente adelantó ante porvenir el 14 de junio de 2018, pero sin obtener respuesta concreta.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la demandante no probó los vicios del consentimiento por error fuerza o dolo, o por afectación al régimen de transición bajo la sentencia SU062 de 2010. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados inexistencia del derecho reclamado; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad negada y, las que resulten probadas en el curso del litigio, folios 67 a 82.

A su turno, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, así como siguiendo las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera. Advierte que dentro del plenario no obra prueba que conduzca a establecer una omisión en la información, en la medida que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los denominados prescripción; falta de causa para pedir e



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida asesoría del fondo e innominada, folio 94 a 102.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 21 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., realizado el 18 de febrero de 2000; **Declarar** válidamente vinculada a Nohora Cecilia Robayo al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES desde el 10 de enero de 1984 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el RPM; **Condenar** a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere con motivo de la afiliación de Nohora Cecilia Robayo Robayo como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y, sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES; **Absolver** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; **Sin costas** en esta instancia (CD folio 191).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, la pasiva no logró demostrar con las pruebas integradas al expediente, que al momento de trasladarse de régimen pensional hubiese suministrado información pertinente a la demandante, cuando le concernía por inversión de la carga de la prueba.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RECURSO DE APELACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada **contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que siendo el sustento de la sentencia de primera instancia la falta de información, lo cierto es que para la fecha de la movilidad no resultaba viable peticionarse constancia, atendiendo que la norma aplicable era únicamente la Ley 100 de 1993, emanando válido el traslado con la simple aceptación del afiliado manifestada en la firma del formulario de afiliación; por lo que, al no estar vigentes las normas que impusieron la doble asesoría, no resulta razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones que no estaban en el ordenamiento para la data de traslado de régimen, pues va en contra del principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso, los cuales no se ciñen únicamente a la defensa y la oportunidad de interponer recursos, sino también, el ajuste a las normas preexistentes con las cuales se juzga a voces de la Constitución Política de Colombia. Señala que la decisión de nulidad afecta a Colpensiones, como tercero ajeno al contrato celebrado por Nohora Robayo con la AFP Porvenir y, por lo tanto, no podía ser favorecida ni perjudicada, más aún cuando se evidencia la permanencia en el RAIS por más de 19 años, lo cual va en contra del equilibrio y la sostenibilidad financiera prevista en el artículo 48 de la Constitución Política, en la medida que la activa no podía devolverse cuando le faltaren menos de 10 años para llegar a su derecho pensional; decisión legal que no resulta caprichosa, sino que busca proteger al fondo destinado para el pago de las respectivas pensiones, de quienes cumplen los requisitos y para no generar un desequilibrio, conforme lo ha advertido la Corte Constitucional. De manera que, aceptarlo no sólo va en contra del principio de equidad sino eficiencia del sistema para obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros, existentes para el pago de prestaciones pensionales. Concluye que de confirmarse, se atienda



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que la orden de hacer solo puede ser consumada, una vez PORVENIR traslade los emolumentos obrantes en la cuenta individual.

A su turno, la **AFP PORVENIR S.A. presentó disidencia a la sentencia de primer grado** colocando de presente que, de las diversas movilidades realizadas por la accionante dentro del régimen de ahorro individual, entre HORIZONTE S.A. y PORVENIR S.A., se demuestra la intención de permanencia en ese sistema pensional. Aduce no ser viable el retorno de los gastos de administración y las primas de seguros, por encontrarse destinados a cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia y que fueron debidamente pagados en la vigencia de la afiliación, para cobertura de la accionante; agrega que las citadas primas de reaseguro no pueden recobrase por esa AFP. En lo tocante a los gastos de administración, señala que tienen respaldo en los extractos entregados a la señora NOHORA ROBAYO ROBAYO, que avalaron la generación de rendimientos a su favor.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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

Parte demandante: Este extremo indicó que la Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que de cumplió con el deber de información. Frente a esto, tenemos a día de hoy más de tres sentencias, con una postura que viene desde el año 2008 guardó silencio dentro del término procesal concedido.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, indicando que para la fecha en que se materializó el traslado de la demandante no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo (Decreto 2555 de 2010), ni el deber de doble asesoría (Ley 1748 de 2014), en el que además de exponer las características de los dos regímenes pensionales, se debe poner a disposición de los futuros afiliados herramientas financieras para hacer proyecciones pensionales.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia, manifestando para el efecto que el *a quo* pasó por alto que para el año 2000, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época (Ley 100 de 1993), era que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por la activa.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma a folios 27 y 28 de las diligencias.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por las apelantes, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por NOHORA CECILIA ROBAYO ROBAYO al régimen de ahorro individual administrado por PORVENIR S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración.

NULIDAD DEL TRASLADO

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 las reclamaciones administrativas y su respuesta (fls.27 a 31), formularios de vinculación (folios 32 y 33), reporte de semanas cotizadas e historia de cuenta individual (fls. 34 a 40), expediente administrativo obrante en las demandadas (CD folios 66, 103 a 116), interrogatorio de parte absuelto por la demandante (medio magnetofónico folio 169).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que señaló *«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 de 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 indicado, 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, señaló:

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:

«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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, 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 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

con Solidaridad (RAIS), administrado por las sociedades administradoras de fondos de pensiones (AFP).

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

Por último, conviene mencionar que la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones» recalcó en su artículo 21 este deber preexistente de información a cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde enero de 1984 (folio 69), para luego trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 18 de febrero del 2000 (folio 33), con efectividad al 1° de abril de ese año²; con posterioridad se movilizó a HORIZONTE S.A. el 21 de mayo de 2005 (folio 115 vuelto), retornando a PORVENIR S.A. el 31 de enero de 2007 (folio 116); de manera seguida se integró nuevamente a HORIZONTE S.A. el 23 de abril de 2009, folio 115, y finalmente regreso a PORVENIR S.A. por fusión (folio 106), fondo éste último, al cual se

² Folio 106.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folio 35 a 40, 108 al 113); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 33 y 114.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de PORVENIR S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, con la pérdida de los aportes realizados a ese fondo y, que solo en esa AFP lograría una pensión a cualquier edad y con una cuantía superior, la que siempre se trasladaría a los hijos sin importar la edad de aquellos o con la facultad de retirar el dinero sin impedimento; pero sin denotarse una globalidad en las características y riesgos del sistema de ahorro individual, al punto que no le informaron la posibilidad de retracto ni la existencia de rendimientos financieros (folio 169).

Dimanando en que las probanzas arrojadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

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

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

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... 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 y CSJ SL4689-2018, 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».

Ahora, atendiendo el reparo que elevó Porvenir S.A. respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida** y cuáles no, la norma está precisando **la vinculación que produce efectos jurídicos** y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que **lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas por los periodos de afiliación, por encontrarse lógica en la disposición judicial, pues el propósito final de la misma es lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión del afiliado que retorna, el que, como se ha *iterado* en el curso de la presente decisión, debe tenerse como si nunca se hubiera movilizado.

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

COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes, por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Líquidense en primera instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 21 de agosto del 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **NOHORA CECILIA ROBAYO ROBAYO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Líquidense en primera instancia.

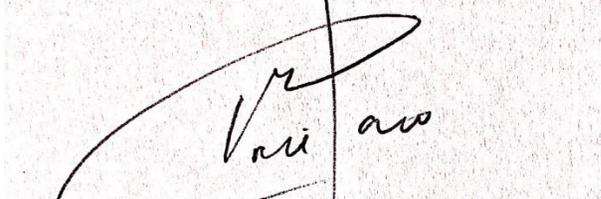
Si bien se fijó fecha y hora para la decisión, se notifica la presente a las partes por EDICTO para garantizar el debido proceso, frente al silencio del Decreto 806 de 2020.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ORMINZO JARA NAVARRO** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,** Y EL **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Elkin Fabián Castillo Cruz** identificado con

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

cedula de ciudadanía No. 80.282.676 y tarjeta profesional 261.451 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ORMINZO JARA NAVARRO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad de la afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A., el 23 de junio de 1999; en consecuencia, solicita se condene a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados por el demandante durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS; se condene a Colpensiones a inscribir, sin solución de continuidad, al accionante; condenar a la indexación de las sumas que no sean susceptibles de intereses moratorios; y condenar a las demandas a las costas y agencias en derecho. (fl. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 y 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 29 de abril de 1959; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 21 de mayo de 1981; que en el mes de junio de 1999, sin recibir información técnica, transparente y adecuada, firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A; que no se le informó sobre las consecuencias que traería el cambio de régimen pensional; que el 23 de octubre de 2018, agotó reclamación administrativa ante Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que la afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad estuvo precedida de la expresión libre y voluntaria del afiliado, sumó a ello, que al interior del proceso no se acreditó la existencia de vicio alguno que decante en la anulación del acto jurídico de traslado. Por último, señaló que el acto se encuentra inmerso en la prohibición contemplada en la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción e inexistencia de causal de nulidad. (fl. 50 a 56).

A su turno, la encartada **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en el escrito demandatorio al considerar, que en el presente asunto no se dan los presupuestos para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico del traslado, en tanto el negocio jurídico versó sobre objeto y causa lícita, así mismo, señaló que el acto de afiliación contó con la expresión libre y voluntaria del afiliado, sumó a ello, que el fondo cumplió con el deber de información que para la fecha de suscripción del formulario exigía la legislación colombiana. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fl. 89 a 123).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 18 de agosto de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia del accionante del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. realizado el 23 de junio de 1999; **declarar** válidamente vinculado al demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones desde el 21 de mayo de 1981 hasta la actualidad, como si nunca hubiese existido el traslado; **condenar** a la AFP Porvenir S.A., a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, todos los valores que hubiere con motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros incluidos los intereses y comisiones, sin deducción alguna por gastos de administración; **absolver** a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda. (fl. Cd. 255).

Lo anterior por considerar el *a quo* que si bien el demandante pretende la declaratoria de la nulidad del traslado ante la ausencia de información por parte de la AFP, la consecuencia real es la ineficacia de la afiliación, por lo que de conformidad con las facultades ultra y extra petita se estudiara el asunto bajo la óptica de la ineficacia. Así, señaló que el deber de información y buen consejo para las AFP surge desde la expedición del Decreto 663 de 1993 y que conforme el decantado y pacífico criterio sentado por el Órgano de cierre en materia laboral, el deber de información surgió desde el momento mismo de la creación de las AFP, obligación que no se acreditó en el devenir del proceso, lo que conlleva a declarar la ineficacia pretendida.

RECURSO DE APELACIÓN:

La parte demandada **FONDO DE PENSIONES CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, en el que afirma como motivos de disidencia, que no se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

debe proceder de manera automática a la declaratoria de la nulidad del traslado pues se hace necesario que se analice cada caso en concreto, en lo atinente a la ineficacia, aquella acaece cuando se presentan actos que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, es decir, cuando se advierta el dolo con la intención de causar daño, aspecto este que no se probó en el plenario, ello, si se tiene en cuenta que el proceso de afiliación se dio de forma libre y voluntaria por parte del actor. Del mismo modo, se tiene que el accionante se encuentra en la prohibición legal prevista en la Ley 797 que le impide trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo. Por último, censura la condena por cuenta de gastos de administración, los cuales corresponden a gastos administrativos que son susceptibles de prescripción.

A su turno, la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, formula recurso de alzada, al considerar que no es procedente imponer cargas adicionales a las AFP, que al momento de la afiliación no se encontraban contempladas en la ley, pues de procederse así se atenuaría en contra del debido proceso de dichas AFP, suma a lo anterior, que los actos jurídicos tienen consecuencias interparte, por lo que las secuelas que de ellos se derivan sólo pueden repercutir sobre los allí intervinientes, de tal manera que Colpensiones no se puede ver afectada de las derivaciones de la declaratoria de la ineficacia. Por último, señala que de accederse a las pretensiones de la demanda se lesiona el principio de la sostenibilidad financiera del estado,

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: En el término procesal concedido, la parte demandante allegó escrito de alegaciones finales, en el que peticiona la confirmación de la sentencia de primera instancia, al considerar, en esencia, que en el presente asunto se dan los presupuestos para la declaratoria de la ineficacia del acto jurídico que celebró con el fondo privado, y con el que se materializó el traslado de régimen pensional, sumó a ello, que es completamente aplicable el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en asuntos como los que aquí se debate, en tanto al ser reiterativa se convierte en doctrina probable.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones peticiona la absolución de las condenas frente a la Entidad, al considerar, que al interior del proceso no se acreditó vicio alguno en el consentimiento, del cual se pueda desprender la anulación del acto jurídico de traslado, aunado a que, en tratándose del deber de información, la AFP cumplió con lo que para tal efecto dispuso la norma para el momento en que se celebró el negocio jurídico, aspecto que se acreditó con la suscripción del formulario de afiliación. Por último, señaló que de accederse a las pretensiones se pone en riesgo el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

A su turno, la sociedad Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., peticionó la revocatoria de la sentencia apelada, al considerar, en síntesis, en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz, sumó que no es posible acudir de forma indiscriminada entre las normas existentes para resolver el asunto, pues ello atenta contra el principio de inescindibilidad de las normas,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

aunado a ello, refiere que la entidad sí aportó todas las pruebas que tenía en su poder para demostrar que la vinculación se dio de forma libre y voluntaria por parte del afiliado. Por último, señaló que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en citado literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación del afiliado, por lo que condenar a pagar valores adicionales, configura un enriquecimiento sin causa a favor de un tercero dentro del negocio jurídico

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 17 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 ORNIZO JARA NAVARRO al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, reclamación administrativa (fl. 17); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 19); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 20 a 23); reporte de semanas cotizadas emitida por Colpensiones (fl. 24 y 25); respuesta emitida por Porvenir S.A. (fl. 26, 27, 125 y 126); historia laboral emitida por Porvenir S.A. (fl. 28 a 43); reporte Siafp emitida por Asofondos (fl. 124); formulario de afiliación emitido por Porvenir S.A. (fl. 125); certificación de vinculación emitido por Porvenir S.A. (fl. 126); certificación emitida por Porvenir S.A. (fl. 127); comunicados de prensa (fl. 130 y 131).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»

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

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

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

«Bajo el entendido de que «el sistema de seguridad social integral tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afectan» (artículo 1º, Ley 100 de 1993) y que la elección tanto del modelo de prima media con prestación definida, como el de ahorro individual con solidaridad, es determinante para predicar la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acarree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

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

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

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

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

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

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

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

2. Transparencia e información cierta, suficiente y oportuna. Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán suministrar al público información cierta, suficiente, clara y oportuna que permita a los consumidores financieros



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 11 de diciembre de 1990 tal como se advierte de la historia laboral que reposa a folio 20 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 23 de junio de 1999 (fl. 125), aspectos que se pueden confirmar con la información contenida en el reporte Siafp emitido por Asofondos y que reposa a folio 124 del expediente, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado el demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 125).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que al momento del traslado la única información que le brindaron fue «... nos dijeron que el Seguro Social se iba a acabar y la mejor opción que teníamos era Porvenir que nos ofrecía mejor pensión», sin que más allá de ello no se le indicara asesoría alguna diferente. (Cd. Fl. 150).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Por manera que, la sociedad Porvenir S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales del demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (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.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Ahora bien, sea pertinente advertir, que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gatos de administración, aspecto éste último, sobre el cual se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., al considerar que no era procedente la condena impuesta por dicho concepto en atención a que dichos gastos se encuentran se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

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

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

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



República de Colombia
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la apelante al censurar la condena por concepto de devolución de los gastos de administración y demás, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la nulidad o ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para las AFP, de reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones causadas, suma a ello, que no puede desligarse dichos gastos de la incidencia pensional que aquellos tiene frente al derecho pensional, pues los mismos ayudan a construir tal expectativa prestacional, por lo que no puede hablarse de prescripción sobre este tipo de dineros. En consecuencia, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia sobre este aspecto.

Por último, resulta pertinente aclarar, que la decisión aquí adoptada en manera alguna le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Por lo hasta aquí expuesto, se confirmará la sentencia apelada.

COSTAS

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 18 de agosto de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ORMINZO JARA NAVARRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de las apelantes Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones, y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JONH HAIRO THORP CIFUENTES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **NESTOR EDUARDO AVILA ROBLES** identificado con cedula de ciudadanía No. 11.036.675 y tarjeta profesional 133.727

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del C.S. de la J., para que actúe en representación del DEMANDANTE, por sustitución concedida por el Dr. Javier Ernesto Salazar Henao.

De igual manera, se reconoce personería adjetiva a **NICOLAS RAMREZ MUÑOZ**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.018.463.893 y tarjeta profesional 302.039 del C.S. de la J., para que actúe en representación del COLPENSIONES, por sustitución concedida por el Dr. CLAUDIA LILIANA VELA.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JONH HAIRO THORP CIFUENTES** a través de apoderado judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 a partir del 21 de mayo de 2014 y con una mesada equivalente al 90% del IBL, junto con las mesadas ordinarias y adicionales, intereses moratorios, costas y agencias en derecho. (folios 9 y 10).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 10 y 11 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 20 de mayo de 1954 cumpliendo la edad mínima pensional el mismo día y mes del año 2014; aduce ser beneficiario del régimen de transición por contar al primero de abril de 1994, con más de 40 años de edad y 16.95 años de servicios cotizados al sistema pensional. Refiere que solicitó el otorgamiento pensional, empero fue zanjada de manera negativa por COLPENSIONES en la resolución GNR22765 del 3 de febrero de 2015; determinación confirmada en los actos administrativos GNR166973 del 6 de junio y GNR350980 del 6 de noviembre, ambos de 2015; último



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que precisó la realización de 1.149 semanas de cotización, de las cuales indica el accionante, 750 fueron aportadas antes del 1° de abril de 1994.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el reclamante únicamente contaba con 39 años de edad y menos de los 15 o mas años de servicio, por lo que no se encuentra cobijado con el régimen de transición. Aunado a que incumple las pautas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues demuestra 1.050, 43 semanas efectivamente cotizadas. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; no configuración al derecho del pago del IPC, ni de indexación ni reajuste alguno; careza de causa para demandar; prescripción; compensación; no procedencia el pago de costas en instituciones de administradoras de seguridad social del orden público y, las que resulten probadas en el curso del litigio (folios 26 a 35).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 30 de junio de 2020, resolvió **absolver** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas las pretensiones incoadas por el accionante; **declaró probadas** la excepción de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, **sin condena** en costas (CD a folio 55).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que el accionante no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por carecer de la edad y semanas prevista en el artículo 36 de la citada ley; sumado a la carencia



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de semanas cotizadas bajo el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y su modificación posterior.

Contra esta sentencia los apoderados de las partes no interpusieron recursos, por lo cual el *A quo* procedió a enviar el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado Jurisdiccional de **Consulta**.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Se ratifica en los planteamientos de la demanda, insistiendo en que todos los hechos de la demanda fueron debidamente demostrados con las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso.

Parte demandada: Reclama la confirmación del fallo de primera instancia, indicando que el demandante no acredita el requisito de 1.300 semanas mínimas cotizadas previstas para el año 2018 y en consecuencia, no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACION ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, como da cuenta el expediente administrativo obrante en medio magnetofónico a folio 36 y, la resolución GNR 350980 de 2015 (folios 5 a 7).

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y en estudio del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar el cumplimiento de los presupuestos normativos para el reconocimiento de la pensión de vejez reclamada.

PENSIÓN DE VEJEZ – RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

Desde la expedición del Decreto 3041 de 1966, Acuerdo 224 de 1966, Acuerdo 029 de 1983 y Acuerdo 049 de 1990, posteriormente con la Ley 100 de 1993, en el sector privado para adquirir el derecho al riesgo de vejez, es necesario que se consoliden los siguientes requisitos; la edad, la afiliación, las semanas de cotización y, consecuente, el ingreso base de liquidación y la tasa de reemplazo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Con miras a resolver este tópico, se tiene que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 indicó como finalidad del régimen de transición, otorgar el beneficio a los afiliados al régimen de prima media con prestación definida que cumplieran con los requisitos de la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema (1° de abril de 1994) tenían 35 o más años de edad si son mujeres o, 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, darles aplicación al régimen legal anterior establecido y en el cual se encontraban afiliados, y en consecuencia, se les reconozca el derecho y se liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieran tales requisitos.

De cara a analizar el cumplimiento de los tópicos normativos antes relatados, se advierte que el reclamante THORP CIFUENTES, no resulta acreedor del beneficio reglado por el legislador el artículo 36 *ejuzdem*, para que su derecho pensional fuera analizado bajo las regulaciones que en otrora gobernaban el derecho pensional; en la medida que al nacer el 20 de mayo de 1954, conforme da cuenta la copia de la cedula de ciudadanía adosada a folio 8, para la entrada en vigencia de la nueva norma de seguridad social, esto es el 1° de abril de 1994, únicamente ostentaba 39 años de edad.

Inobservancia que igualmente cobija el segundo presupuesto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en la medida que solo logró aportar 377.58 semanas (CD folio 36), y si bien en la Resolución GNR 350990 del 6 de noviembre de 2015, COLPENSIONES relaciona como tiempo laborado al Ministerio de Defensa del 1° de febrero de 1971 al 1° de enero de 1975 que concierne a 1.411 días, o su equivalente a 3 años y 11 meses (201.63 semanas), lo cierto es que adicionadas a los 377.58



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

semanas antes advertidas únicamente logra un total de 579.21, ello es, inferiores a los 15 años de servicios de que trata la norma transicional. Y sin que incorporará a las diligencias probanza que diera cuenta de tiempos de servicio adicionales a los relatados.

Demostrándose de esa manera, que aquella acotación que con bastante vehemencia efectuó el accionante en el hecho cuarto de la demanda, carece de acierto e impide concederle el beneficio perseguido.

Ahora, en la medida que las pretensiones invocadas en el cuerpo del escrito inicial, persiguen el reconocimiento de la pensión de vejez, es que esta Sala de Decisión descende a determinar si de las pruebas allegadas se colige el acceso al *petitum* en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que en su artículo 9° dispuso:

«**ARTÍCULO 9o.** El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)»

Con tal propósito, de la documental adosada a folio 8 del diligenciamiento se evidencia que Thorp Cifuentes cumplió los 62 años que reclama la anterior disposición el 20 de mayo de 2016. Ahora, del análisis de la historia laboral integrada a folio 36, se vislumbra que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

para la citada data contaba con 947.57 semanas, y al 31 de octubre de 2018 con 1.050,43 semanas, incumpliendo de esa manera con el presupuesto de semanas cotizadas; pues aun agregando los tiempos laborados ante el Ministerio de Defensa que, como se relacionó en líneas anteriores, comporta 201.63 semanas, y negable es concluir que bajo ninguno de los escenarios acredita las 1300 semanas de la norma bajo estudio.

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, no emanan cumplidos los presupuestos para establecer que Jonh Hairo Thorp Cifuentes es acreedor de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Dimanando en la confirmación del fallo de primer grado.

COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta y el amparo de pobreza que cobija al accionante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 30 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JONH HAIRO THORP CIFUENTES** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia sin costas dado el grado jurisdiccional de consulta y el amparo de pobreza que cobija al accionante.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARIA PRISCILA ROMERO AMAYA** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **SANTIAGO BERNAL PALACIOS**, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.016.035.426 de Bogotá y tarjeta profesional

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

1. 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

269.922 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **MARIA PRISCILA ROMERO AMAYA** a través de apoderado judicial, persigue se condene al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el reconocimiento tardío e injustificado de la pensión de sobrevivientes, los que corren del 9 de noviembre del 2009 a diciembre de 2015 como fecha efectiva de pago, junto con la indexación, costas y agencias en derecho (folio 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 y 5 de las diligencias, que en síntesis advierten que el 9 de julio de 2009 solicitó la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada a través de la Resolución GNR 215860 del 27 de agosto de 2013 aduciendo el incumplimiento al requisito mínimo de semanas; determinación respecto de la cual pretendió la revocatoria directa. Manifiesta que en acto Administrativo GNR 344069 del 30 de octubre de 2015, Colpensiones le otorgó la pensión de sobrevivientes en cuantía inicial de \$644.350, con un primer pago desde el 1º de diciembre de 2015. Empero, refiere que Colpensiones desconoció injustificadamente los requisitos para la pensión entre los años 2009 a 2014, demostrando su obligación en la concesión de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Precisa que el 9 de octubre 2017



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

solicito la prestación hoy reclamada a la jurisdicción, pero sin obtener pronunciamiento alguno.

CONTESTACIÓN: La convocada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que los mismos proceden cuando ya se había reconocido la pensión y las mesadas son pagadas de manera extemporánea. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados prescripción: inexistencia del derecho reclamado; cobro de lo no debido; buena fe; presunción de legalidad de los actos administrativos; no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios; carencia de causa para demandar; compensación; no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público; y las que se prueben en el curso del litigio, folios 40 a 49.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 10 de julio de 2020, resolvió **condenar** a Colpensiones al reconocimiento y pago a favor de María Priscila Romero Amaya, de la suma de \$41.425.245,44 por concepto de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; **declarar no probadas** las excepciones propuestas por la demandada; **condenar** al pago de la indexación de la suma antes referida, desde el 1° de noviembre de 2012 hasta que sean cancelados los intereses moratorios condenados; **costas** a cargo de Colpensiones (folio 57).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que la administradora del régimen de prima media sobrepasó los términos con los que contaba para resolver la solicitud pensional impetrada por la demandante, lo que da lugar al reconocimiento de la prestación pretendida. Alude que aquella solicitud elevada únicamente en los alegatos de conclusión por el apoderado de la demandada, referente a la cosa



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

juzgada, no tiene camino de prosperidad en la medida que tal excepción no fue propuesta en el escrito de contestación ni obra dentro del expediente documentales que permitan inferir su materialización.

RECURSO DE APELACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada **contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que si bien el *A quo* adujo que no se probó ni se propuso la excepción de cosa juzgada, lo cierto es que la misma puede decretarse de oficio por el juez, siendo las únicas que no se pueden declarar de tal manera la prescripción y la caducidad, conforme el artículo 208 del Código General del Proceso. Por lo que, se solicita al Tribunal que de oficio decrete el expediente administrativo, pues es dentro de ese medio de prueba que se incluye copia del proceso seguido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito con radicado 2014 - 492, donde declaró el reconocimiento al pago de una pensión de sobreviviente junto con intereses moratorios, últimos que fueron revocados por la segunda instancia aduciendo que la pensión fue reconocida bajo el Decreto 3041 de 1966, sin que nacieran bajo la Ley 100 de 1993. Llamando la atención de ese extremo procesal, que no se estudiara la resolución que dio cumplimiento a ese fallo judicial, cuando le corresponde al Juez llegar a una verdad de los hechos, más a aun cuando se trata de recursos de la nación. Solicita que de no declararse la aludida excepción se niegue bajo el sustento invocado por el tribunal en el proceso que antecede. Concluye refiriendo que dentro de la página de la Rama Judicial se evidencia de la hoy accionante ya había adelantado un asunto judicial.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Este extremo guardó silencio.

Parte demandada: La convocada reclamó el estudio de la cosa juzgada, en la medida que la pretensión que se persigue en el presente proceso atinente a los intereses moratorios, ya había sido estudiada y fallada dentro del proceso 11001310502320140049200; sin embargo, menciona que el *A-quo* no hizo uso de sus facultades para llegar a la verdad procesal y omitió dicho estudio, aduciendo como único argumento que no se allegaron las pruebas suficientes, poniendo en riesgo el principio de sostenibilidad del sistema pensional, el tesoro público y el dinero de los coadministrador.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma el 9 de octubre de 2017, folios 25 y 28 de las diligencias.

PROBLEMA JURIDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 si se cumplen o no los presupuestos para condenar al pago de intereses moratorios en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o, si como lo solicita el recurrente, se configura la excepción de cosa juzgada.

INTERESES MORATORIOS - COSA JUZGADA

El proceso ordinario laboral puesto a consideración de esta jurisdicción, inició por demanda interpuesta por María Priscila Romero Amaya contra la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, donde pretende el *«se concedan y paguen de manera efectiva los intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el injustificado y tardío reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a mi mandante la Señora María Priscila Romero Amaya»*, folio 4.

Así mismo, evidencia esta Sala de Decisión a folios 54 de las diligencias, medio magnetofónico contentivo del expediente administrativo donde se incluyó la sentencia emitida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso 2014-492 gestado por la demandante, por medio de la cual suplicó (Archivo 20140909132412):

- «1. Se reconozca pensión de sobrevivientes a favor de la Sra. María Priscila Romero Amaya, como beneficiaria del causante Guillermo Días Rodríguez.
 2. Se reconozca retroactivo pensional, a partir del día 23 de febrero de 1973. Fecha en la cual falleció el Sr. Guillermo Días Rodríguez.
 3. Se ordene al pago de los intereses moratorios.
 - 4. Se ordene el pago de intereses moratorios de que trata el Art. 141 de la Ley 100 de 1993.**
 5. Se indexe los valores reconocidos conforme a IPC arrojado por el DANE año a año.
- ... »



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Alegando que Colpensiones, previa solicitud, le negó el derecho prestacional en su condición cónyuge supérstite por ausencia de semanas cotizadas, cuando el causante para la data del deceso contaba con 355 semanas aportadas al sistema. Con ocasión a dicha demanda, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá (archivo 20160905030715-Expediente administrativo) mediante sentencia del 14 de abril de 2015, condenó al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y en el numeral tercero de la parte resolutive determinó *«condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor de la Señora MARIA PRISCILA ROMERO AMAYA, los intereses moratorios previstos en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 9 de julio de 2006 al 8 de julio de 2009, respecto de las mesadas pensionales causadas (...).»*

Determinación de fue objeto de revocatoria parcial por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial, en proveído del 3 de septiembre de 2015 (archivo 20160905030715 - Expediente administrativo). Resolución que condujo a, según el auto del 13 de enero de 2016 proferido por el Juzgado 23 Laboral del Circuito², a la no concesión de aquella prestación relatada en el Artículo 141 *ejusdem*.

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

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

² Archivo 20160905030715-Exp. administrativo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

De suerte que, el objeto de un proceso se encuentra definido tanto por las declaraciones que, en concreto, se solicitan de la administración de justicia, como por el pronunciamiento específico del órgano judicial en la parte resolutive de la respectiva sentencia. En relación con la causa *petendi* o causa de pedir, las mismas fuentes señalan que ésta hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la causa *petendi* contiene, por una parte, un componente fáctico constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, formado por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados y el proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación³.

En claro lo anterior, se tiene que en el asunto que ahora ocupa la atención de esta Colegiatura, existe identidad jurídica de partes con el que fuere resuelto por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito y confirmado revocado parcialmente por la Sala Laboral del Tribunal Superior, ambos de esta ciudad, límite subjetivo que coincide en ambos juicios; respecto a la identidad de objeto y de *causa petendi* salta evidente que el *petitum* condenatorio deriva del reconocimiento de los intereses moratorios reglados en el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como aspecto rogado en ambos litigios.

³ H. Corte Constitucional T-185 de 2013



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

En tal contexto, considera esta instancia que la decisión final del *A- quo* resultó desacertada, al declarar no probada la excepción de cosa juzgada, por manifestar que la no obraban pruebas dentro del plenario que permitieran demostrar la existencia de un proceso precedente, donde Romero Amaya había perseguido los interés ahora reclamados a la jurisdicción, a lo que se suma que bajo los presupuestos procesales, los funcionarios judiciales se encuentran facultados para que, de oficio y de encontrarlo demostrado, declarar probada el medio exceptivo nominado cosa juzgada.

Lo antepuesto deriva, de la evidente constatación entre los hechos reclamados y las determinaciones judiciales emanadas dentro del curso de la acción ordinaria laboral 23 2014 492, donde se estableció desde el cuerpo de la demanda la falta de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por COLPENSIONES, y su solicitud desde el año 2009.

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

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

(...)

Vale la pena advertir, por otra parte, que no por el hecho de que en la actual demanda se hubieran incluido diferencias sutiles respecto de la anterior, en torno a los hechos relacionados con la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

*afiliación de la trabajadora al sistema general de pensiones, se dejaban de constituir los elementos esenciales de la cosa juzgada, pues, como lo ha adoctrinado la Corte en repetidas oportunidades, para que se configure dicha excepción, **no es necesario que las dos acciones en comparación sean calcadas, sino que el núcleo de la causa petendi, junto con sus bases fundamentales, sean evidentemente análogas, de manera que si el respectivo fallador analizara el nuevo juicio, replantearía inadecuadamente una cuestión definida en un proceso legalmente finiquitado e inmutable (Ver CSJ SL, 18 ag. 1998, rad. 10819 y CSJ SL17406-2014).***

(...)»

Por ello, cumple destacar que la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia bajo radicación 31607 del 28 de abril de 2009 con ponencia del H. Magistrado Dr. Francisco Javier Ricaurte Gómez advirtió la inmutabilidad de las providencias, como garantía del principio de la seguridad jurídica que identifica el Estado Social de Derecho, proveído que señaló:

“... no es que al actor se le esté desconociendo un derecho por un impedimento procesal, sino que éste (su derecho) ya fue definido en un proceso anterior, donde se le otorgaron todas las garantías, y donde se dio amplio debate a sus pretensiones y donde se hizo prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, lo que no es posible es que ese debate se presente indefinidamente, cada vez que el actor considere que tiene una oportunidad de salir adelante y en aplicación del principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

Es del caso reiterar aquí lo dicho en torno al tema, en reciente fallo del 3 de marzo del corriente año (radicación 35829), frente a similar planteamiento:

“Ello, por la potísima razón de que el acceso a la administración de justicia impone a los jueces competentes en las diversas causas el deber de resolverlas conforme al ordenamiento jurídico que las regula, con observación de las formas propias de cada juicio y, de ser necesario, auxiliándose de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, como criterios auxiliares de la actividad judicial que son. Pero a la vez, el ejercicio de tal derecho impone a los particulares, entre otras, la obligación de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia, lo que implica para quienes acuden a ella el acatamiento de lo allí resuelto, de modo que, por tal razón, la ley procesal protege la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicán de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias” (Resalta fuera de texto)

De lo expuesto se sigue, que atendiendo los parámetros enseñados por la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en las sentencias en cita, en manera alguna resultaba viable entrar a dilucidar un asunto ya definido, pues de ejecutarse comportaría aquel impedimento de replantear un asunto y a la vez, re juzgar lo ya concretado.

Motivo que conduce a revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar de oficio la excepción de cosa juzgada, manifestando que el fallo impartido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso radicado 23 2014 492 surte plenos efectos sobre lo rogado por la demandante, cerrando la posibilidad de un nuevo debate jurídico acerca del mismo asunto y por los mismos hechos.

COSTAS.

Se revoca la condena en costas impuesta por el A-quo, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandante; liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA D.C., SALA LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de esta ciudad en audiencia pública virtual el 10 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **DECLARAR PROBADA** la **EXCEPCION DE COSA JUZGADA**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Revocar la condena en costas impuesta por el A quo, para que en su lugar lo estén a cargo de la parte demandante; liquidense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RAMIRO BALLESTEROS CELY** CONTRA **BANCO POPULAR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

SENTENCIA

DEMANDA: El señor **RAMIRO BALLESTEROS CELY** a través de apoderado judicial, pretende se declare la existencia de un contrato de

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trabajo a término indefinido con el **BANCO POPULAR S.A.** entre el 8 de agosto de 1995 al 16 de marzo de 2017, mismo que se feneció de manera unilateral y sin justa causa por el patronal; como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de la reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, la devolución de las cesantías liquidadas, la indemnización convencional por despido sin justa causa, costas del proceso (folios 163 a 164).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 161 a 163 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que laboró de manera personal e ininterrumpida a favor del **BANCO POPULAR S.A.** desde el 8 de agosto de 1995 con ocasión a un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de cajero principal de la oficina de Madrid Cundinamarca y devengando como salario promedio la suma de \$3.483.453, 78; nexa que terminó por decisión unilateral de la entidad bancaria el 16 de marzo de 2017, al aducir la flagrante violación a sendas normas contractuales. Resalta que el código de ética y conflicto de intereses no tiene fuerza vinculante al no formar parte del reglamento de trabajo, no estar pactado en la Convención Colectiva y no encontrar registro ante ninguna entidad gubernamental, sumado a la falta de agotamiento del procedimiento para imposición de sanciones. Indica que los supuestos que sirvieron de sustento para el despido según el banco, ocurrieron entre el primero de junio de 2016 hasta el 5 de enero de 2017, siendo citado a descargos el 1º de febrero de esa anualidad; ante lo cual informa el demandante que, de manera oportuna comunicó a auditoría la presencia de un dinero en la bóveda auxiliar que correspondía al CDT N° 300-345-001229-3 por valor de \$49'000.000 redimido el 2 de enero de 2017 y, que por una situación personal relacionada con un hurto en su apartamento, decidió dejar tal monto en la citada bóveda con el conocimiento del asistente administrativo y gerente de la oficina; sin que se inobservara los manuales de ordenamiento del efectivo al no existir diferencias con las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

consultas de la oficina. Alude que el sobrante en \$228.000 correspondió a una apreciación errónea de quienes adelantaron el arqueo en moneda, el que estaba ubicado dentro del cuarto de recuento y al cual puede acceder únicamente el cajero principal y el asistente administrativo, y tiene de manera adicional consola de seguridad con clave y puerta con llave especial. Refiere que en lo tocante a los valores timbrados por mayor valor, dichos pagos y timbre no son exclusivos del demandante pues también lo realizó otro cajero que lo reemplazó, en tanto los gastos de la oficina se hicieron por orden del asistente administrativo quien debe autorizarlos al introducir la clave de supervisor, no siéndole dable indagar si dichos pagos eran correctos o no. Indica que en las dos actas de descargos elaboradas, se justificó plenamente el proceder del accionante al destacarse el cumplimiento de las obligaciones impuestas, al estar cuadradas las operaciones de caja, sin faltantes ni sobrantes y con los desembolsos y timbres debidamente autorizados; demostrando así que las faltas imputadas no son reales y afectaron gravemente al trabajador con una calificación dolosa, en tanto, siempre tuvo un comportamiento y conducta intachable. Concluye manifestando que no le han cancelado la indemnización por despido injusto ni las prestaciones de acuerdo a lo que correspondía; siendo notorio que el banco desconoció y violó la Convención Colectiva.

CONTESTACIÓN: El demandado **BANCO POPULAR S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que las cesantías y sus intereses fueron calculadas conforme lo establece el artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo, sin que halla lugar a la devolución por supuesta falta de autorización al ser dada desde la concesión del crédito para vivienda. En lo que atañe a la indemnización por terminación del contrato de trabajo, refiere su improcedencia al acreditarse una conducta negligente y lesiva a los intereses del banco, al proceder el accionante contra las obligaciones legales, contractuales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

y reglamentarias, entre otras, como da cuenta el informe de seguridad y/o gerencia auditoria interna del 1° de febrero de 2017 con el respeto de los mecanismos de defensa con lo que contaba el trabajador. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los titulados falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación reclamada, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, justa causa para la terminación del contrato de trabajo y las que se prueben en el curso de las diligencias (folios 193 a 207).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 10 de septiembre de 2020, resolvió **absolver** al **BANCO POPULAR S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra; **declarar probada** la excepción de inexistencia de la obligación reclamada y cobro de lo no debido; **condenar** en costas a la parte demandante (CD a folio 501).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que se encontraron probados los reparos invocados al demandante en la carta de terminación del contrato, al estructurarse imprecisiones en el manejo, custodia y control del dinero en efectivo y de los gastos de alimentación, siendo su deber reportar al superior las irregularidades frente a las adulteraciones en el valor de los recibos a pagar conforme se corroboró con el dictamen grafológico del 26 de enero de 2017. Sin que pueda pasarse por alto el uso deliberado e indebido de la bóveda, a lo cual no ofreció justificación ni demostró autorización para dicho proceder, lo que constituyó un incumplimiento grave de sus obligaciones y una mala práctica que va en contra de las máximas de la razón y la experiencia. En lo que concierne a la liquidación de prestaciones sociales, sustenta la improcedencia en la falta de prueba concreta de los dineros respecto de los cuales se duele el trabajador en la falta de inclusión.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte **DEMANDANTE** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación**, aduciendo en síntesis como reparos que quedó plenamente demostrado que el sobrante por \$48'000.000 correspondía a un CDT constituido por el trabajador en la oficina en la que laboraba, lo que implica que ostentaba a su vez la calidad de cliente con el propósito de aumentar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las captaciones de la demandada y, acredita su espíritu de pertenencia por ese acto loable. Indica que el emolumento fue guardado por un tiempo muy corto en una caja auxiliar, en desuso, empotrada en la bóveda de la oficina y por autorización del gerente y el asistente administrativo, lo que demuestra que se guardó el dinero de un cliente y no fue un actuar al antojo de un servidor de la demandada. Respecto al recuento de bolsas de monedas, resalta la falta de veracidad en lo manifestado por el representante legal del banco, pues no solo aquellas no estaban regadas en el suelo como se incluyó en el informe de auditoría al referir que se encontraban en tulas, sino que estaban en otro sitio dado la saturación de las labores en los primeros días del mes, sumado a que la comisión de auditoría contó al ojo las monedas, sin dar explicación de como calcularon la presencia de \$2'182.000. En lo atinente a los \$70.000 ingresados por el demandante, posterior al inicio del arqueo, estos correspondieron a un gasto por alimento pendiente de legalizar, sustentado en la doble calidad de cajero principal y cajero auxiliar y la falta de evidencia en alguna actitud sospechosa que pueda causar un despido. Respecto al segundo arqueo donde se detectó un sobrante de \$228.000, aduce que la caja se encontraba cuadrada y el personal de auditoría hizo un conteo al ojo, por lo que resulta incierto el resultado endilgado. En lo que concierne a las facturas que se encuentran modificadas con un mayor valor, algunas sin número, con enmendaduras o con modificaciones, resalta que se le imputaron responsabilidades que el demandante no debía asumir, lo cual fue debidamente explicado en la diligencia de descargos en la medida que fue realizado el proceso conforme lo exige el manual y fue un gasto autorizado por un directivo de la oficina, que si bien fue procesado con fechas anteriores, ello lo fue porque en ese momento las remitió el asistente, siendo falso que se pagara la factura antes del proceso pues hubiera tenido la caja descuadrada por ausencia de soporte contable; así mismo menciona que las facturas que se timbraron por mayor valor estaban autorizadas por el asistente administrativo, siendo una



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

mentira del representante legal el señalar que los pagos se hacían antes de registrarse y, al ser valores reales que obedecieron a compras a personas naturales que no expiden facturas y a establecimientos de comercio por adquisición de alimentos; sumado a que algunas fueron procesadas mientras disfrutaba de sus vacaciones. Subraya que no violó ni inobservó las normas reguladoras de sus actividades, al no poder inscribirse en los numerales 12 y 92 del artículo 87, 8° y 94 del artículo 53 y muchos menos en lo previsto en el numeral 4°, art. 107 del Reglamento Interno de Trabajo. Aclarando que el art. 6° de la Convención Colectiva de Trabajo es idéntico al numeral 6°, literal a) del art 62 del CST, reafirmando que las conductas endilgadas al trabajador no se inscriben en esa normativa al no estar enlistadas en los artículos 58 y 70 del CST, ni estar así calificadas en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios, y sin que pueda invocarse Código de Ética por no ser vinculante ni modificar el RIT, convención colectiva, ni tiene aprobación oficial resultando un exabrupto que da al traste con los principios y valores que deben regir las normas laborales, donde impera el principio de favorabilidad, *indubio pro operario* y estabilidad del empleo conforme las normas mínimas del derecho laboral, los convenios internacionales y sentencias de la Corte Constitucional. Concluye aduciendo que del interrogatorio del demandante se denota que es una persona proba que no oculta nada al ser transparente con expresión de la verdad, diferente a la conducta asumida por la pasiva al buscar enlodar la buena conducta del trabajador, siendo la carga probatoria más exigente para el empleador por contar con todos los medios probatorios para desvirtuar lo que se está pidiendo.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Este extremo guardó silencio.

Parte demandada: Reclama este extremo procesal se confirme la sentencia de primera instancia, en la medida que los motivos que dieron lugar a la finalización del contrato acreditan una conducta negligente y lesiva de los intereses del Banco Popular, procediendo el actor con total violación de todas las obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, de donde se configura una grave omisión a lo reglamentado en los procedimientos internos, a los boletines extraordinarios, al Manual de Controles, al Manual de Caja, a los instructivos para manejo de caja, al Código de Ética y Conducta del Banco y al Reglamento Interno de Trabajo, resaltando que la empleadora demandada procedió con justa causa al terminar el contrato de trabajo.

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

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

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si la demandada terminó el nexo contractual que sostenía con RAMIRO BALLESTEROS CELY, de manera unilateral y sin justa causa, precisando que ante la falta de reparo en la absolución impuesta por el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Juez de primaria instancia respecto de las demás pretensiones invocadas, esta sala de decisión por falta de competencia no emitirá pronunciamiento.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así aceptado por la empresa demandada en la contestación del *introductorio*; lo que adicional se corrobora de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los apremios de los artículos 60 y 61 del CPT; en especial, copia de la liquidación final del contrato (fls.28 a 30), copia declaraciones informales (fls.31 a 45), reclamación administrativa y su respuesta (fls.46 a 48), acta de descargo (fls.49 a 62), carta de terminación del contrato (fls.63 a 66), copia facturas (fls.67 a 72), Convenciones Colectivas de Trabajo con acta de depósito (fls.73 a 157), expediente laboral (fls.209 a 465), interrogatorios de parte rendidos por el demandante y representante legal de la demandada, así como los testimonios de Nelson Antonio Hernández Torres, Cesar Augusto Castro Ovalle y Martha Sofia Prado Orozco (CD a folio 495); probanzas que no fueron tachadas de falsas por las partes y de las cuales se colige, que Ramiro Ballesteros Cely laboró al servicio del BANCO POPULAR S.A. desde el 8 de agosto de 1995², bajo la modalidad contractual laboral de término indefinido³, devengando como contraprestación directa de sus servicios la suma básica final de \$2'356.289⁴; vínculo que feneció a partir del 15 de marzo de 2017 cuando desarrollaba el cargo de CAJERO PRINCIPAL en la Oficina de Madrid - Cundinamarca, supuestos de facto respecto de los cuales no existe discusión en esta segunda instancia.

Establecido lo anterior, procede la Sala a estudiar el *petitum demandatorio* bajo los reparos elevados en el recurso de alzada⁵.

² Folio 29, 210.

³ Folio 210

⁴ Folios 29, 63 a 66.

⁵ Artículo 66A del CST.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

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

Así, conforme a la carta de despido calendada 15 de marzo de 2017, visible a folios 63 a 66, la terminación del vínculo entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

«La Dirección General del Banco Popular, comunica a usted que da por terminado su contrato de trabajo con justa causa, a partir del 16 de marzo de 2017 con base en los hechos de qué trata el informe de gerencia de auditoría interna NO. 952 -00065 -2017 del 1 de febrero de 2017, en el cual se terminaron las siguientes situaciones, reconocidas por usted en la diligencia de descargos que se le realizó con ocasión de los mismos, sin que usted hubiera justificado su proceder. estos hechos denotan que los controles para el manejo y custodia del efectivo son inadecuados, generando un riesgo considerable para el numerario de la oficina, especialmente en los pagos realizados por caja.

- *Realizado el arqueo de caja el 5 de enero de 2017, con fecha de consulta del sistema 4 de enero de 2017, a las 8:00 am, la caja a su cargo presentaba un sobrante por CUARENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$48.000.000.00), el cual según usted informa es de su propiedad, correspondiente a un CDT que tenía su nombre y fue cancelado en la misma oficina el 2 de enero, Habiendo dejado el dinero guardado en la caja, en la cual debe reposar únicamente el dinero efectivo propiedad del banco.*
- *Adicionalmente, al ingresar la comisión de auditoría al cuarto de recuento, se observó que algunas bolsas de monedas, por valor de DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y DOS PESOS (\$2.182.000), se encontraban en el piso y no en la Caja Fuerte.*
- *Asimismo, al iniciar el arqueo usted se ausenta del cuarto recuento y regresa con SETENTA MIL PESOS (\$70.000.00), los cuales hacen parte del numerario de la caja principal, que según usted correspondía al pago de un gasto por alimentos eventuales, pendientes de legalizar.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

- *En un segundo arqueo, realizado el 26 de enero de 2017, con corte del 25 del mismo mes y año, se detectó en la caja a su cargo, un sobrante de VEINTIOCHO MIL PESOS (\$228.000), sin justificación alguna.*

Los hechos anteriormente anteriores denotan incumplimiento a lo establecido en el manual de caja, subprocesos cuadro diario de caja numerales 4, 11, 12 y 13 IP -062 -00521 numeral 5.

De otra parte, Usted en el ejercicio de sus funciones como Cajero Principal de la Oficina Madrid entre el 1° de junio de 2016 y el 29 de diciembre de 2016 pagó 20 facturas de los gastos de alimentos eventuales de la Oficina, que presentaron manipulación, toda vez que se pudo evidenciar lo siguiente:

- *Se modificaron fechas, valores y cantidades originales, aumentando el valor del gasto.*
- *Se realizaron tachones o enmendaduras; con el propósito de modificar el valor.*
- *Se timbraron las facturas por mayor valor al original; con base en valores escritos a mano y autorizados por el Asistente Administrativo.*
- *En algunos casos como cajero principal, entregó el efectivo antes de realizado el gasto sin soporte y con fechas posterior recibe las facturas y recibos para su proceso.*

A pesar de que las facturas presentaban estas deficiencias, usted las pagó, a sabiendas de que habían sido modificadas, por cuanto les habían incluido o adicionado valores que no se encontraban debidamente soportados como gastos, incremento que se vio reflejado no sólo en cada factura modificada sino en el timbre procesado por usted, hecho con el cual afectó los intereses económicos del Banco, pues reembolsó indebidamente mediante documentos adulterados, dinero supuestamente correspondientes a la compra de alimentos no justificados...

Cabe señalar que las 23 facturas que fueron analizadas por la Gerencia de Auditoría Interna, se evidenció que 20 de ellas fueron timbradas por usted, arrojando como resultado una diferencia entre el valor real de la factura y el valor timbrado por la suma de \$540.642.00, frente a una suma total de \$651.642.00 evidenciada por Auditoría en las 23 facturas. Se excluyen del cuadro anterior, no obstante estar relacionadas por la Auditoría, las facturas de fecha 13/09/2016 timbrada el 15/09/2016, 29/09/2016 timbrada el 29/09/2019 (sic) y la factura con fecha 30/09/2016 timbrada el 29/09/2016, por cuanto se estableció que para dichas fechas, usted se encontraba disfrutando periodo de vacaciones, las cuales arrojan un valor de \$111.000.00.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Estas facturas no sólo fueron modificadas por un mayor valor, fueron timbradas por usted varios días después de la fecha en que fueron expedidas, no obstante que algunas de ellas no tenía número, otras presentaban enmendaduras, en otros casos con esfero se modificó el valor en la parte superior y al respaldo de la factura, otras tenían la fecha ilegible o se encontraban sin fecha de expedición y a otras les fue modificado su contenido o simplemente carecían de él, con lo que se desconocía el concepto específico del gasto, tal y como se muestra en la imagen anterior, hechos que ha debido generar sospechas en usted y omitir su timbre y pago ...

Es de anotar que el manual de pagos internos, numeral 4, establece que “El cajero en la oficina cada vez que se requiera realizar un pago menor ... ingresa los datos correspondientes y el valor a pagar, posteriormente envía la transacción y automáticamente se genera el mensaje de aprobación al Asistente Administrativo,” luego de que el asistente administrativo autoriza el pago, el numeral 7 de este mismo manual establece que “El cajero de la Oficina en la que se realiza el pago, timbra el comprobante de la transacción, genera el ticket de pago para ser firmado por el funcionario solicitante y entrega el dinero. Finaliza el procedimiento.”

En consideración al numeral 4 del manual citado, si observa que una vez le fueron presentadas las facturas para pago, a pesar de que usted conocía previamente que éstas presentaban adulteraciones y enmendaduras en cuanto a la fecha y valor, procesó y timbró las facturas con datos que no correspondían en cuanto a su fecha y valor original sin decir nada al respecto.

De igual manera, omitió el cumplimiento del numeral 7 del mismo manual, ya que usted de manera tardía y negligentemente timbró todas las facturas días después a la fecha en que estas fueron expedidas, con lo cual no cumplió con su deber de timbrar el comprobante de la transacción una vez recibida la autorización por parte del Asistente Administrativo el pago del gasto

Con las conductas antes señaladas, usted no sólo incumplió el Manual de Caja, que reglamenta las labores propias de su cargo, conforme se señaló y el de Pagos Internos, sino también los artículos 87 numeral 12, 92 numeral 8, 94 numeral 53 del reglamento Interno de Trabajo, razón por la cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 107 numeral 4° del Reglamento Interno de trabajo, en armonía con lo señalado en el numeral 6°, literal A, numeral 6° de la Convención Colectiva de Trabajo de 1978 y en el numeral 6°, literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 7° del decreto 2351 de 1965, procede a cancelar su contrato con justa causa, a partir del 16 de marzo de 2017, más aún cuando con su actuación el Banco le ha perdido la confianza en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

usted depositada, la cual es indispensable, dada la actividad bancaria y la labor desarrollada por usted.

Con tales conductas, incurrió también en desconocimiento del Código de Ética y Conducta de la entidad numerales 3 y 9.

(...)» (subraya de la Sala)

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

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

Por manera que, atendiendo la claridad en los hechos anunciados en la misiva de fenecimiento del nexo, evidente emana concluir que BANCO POPULAR S.A. fundó su decisión en el numeral 6°, literal a) del artículo 62 del CST, tal como lo adujo el *A quo*, norma que en su literalidad enseña:

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

(...)

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

Referente a la prescripción normativa *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Bajo tal egida, se advierte que en el contrato individual de trabajo militantes a folio 210 y 211 del diligenciamiento, las partes acordaron lo siguiente:

«Sextá. Además de las causales de la ley y el reglamento de trabajo, para dar por terminado este contrato de trabajo unilateralmente por justa causa, las partes acuerdan las siguientes: (...) c) cualquier ocultamiento de actos o hechos que directa o indirectamente causen o puedan causar perjuicios al Banco (...), g) Cualquier extralimitación del Trabajador en el ejercicio de sus funciones (...)

«Séptima. Las partes contratantes declaran que en el presente contrato, se entienden incorporadas, en lo pertinente y en cuanto no se opongan a lo aquí estipulado, todas las disposiciones legales y del Reglamento de Trabajo que regulen las relaciones entre patrono y trabajador»

De cara a lo dispuesto en la cláusula séptima antes citada, se advierte que el artículo 104 del Reglamento Interno de Trabajo concretó como justas causas para la terminación del contrato de trabajo en el numeral 16 «la violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias» y, en el artículo 105 numeral 5° «la ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada».

De manera que, procede la Sala de Decisión a analizar las pruebas aportadas al plenario en los términos de los artículos 60 y 61 del CPT y la SS, a fin de determinar la ocurrencia o no de los supuestos de hecho que enmarca lo dispuesto en la regulación *ejusdem*, para lo cual, *liminariamente*,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

habrá de señalarse que el motivo de reparo entre las partes y centro del *libelo genitor*, atañe a corroborar si Ramiro Ballesteros Cely incumplió o no, con las funciones concedidas en el marco del manejo de cajas y bóvedas, así como el de pagos internos.

Al punto, necesario torna remitirse a las manifestaciones esbozadas por el demandante en el interrogatorio de parte, momento en el que indicó que por sus funciones tenía conocimiento de los manuales, procedimientos y protocolos para el manejo de la caja menor, manual de custodia del dinero, así como del Reglamento Interno de Trabajo y del Código de Ética y Conducta; presupuesto por lo cual, tenía claridad en que la bóveda de seguridad y cajas fuertes de la oficina de Madrid del Banco Popular eran para uso exclusivo del dinerario de esa entidad; resaltando que si bien depositó \$48.000.000 de su propiedad en la bóveda de seguridad, ello lo fue para evitar un posible hurto, en tanto en días anteriores había sido víctima de uno *«pero lo acontecido fue una situación tanto psicológicamente como emocionalmente de mis manos, puesto que estaba en una encrucijada para yo completar esa compra de ese predio, me faltaban \$20.000.000, los cuales sino concluía esa compra del predio había una cláusula en la cual predio veinte millones»*, resaltando que tal acto era de conocimiento del asistente administrativo y del gerente. En lo que respecta al faltante de \$70.000 y su retiro en el arqueo señaló que si bien se ausentó en ese momento, lo fue con conocimiento de los auditores y para incorporar lo \$70.000 que se encontraban en el cofre de la caja que *«quedaron pendiente para legalización de alimentos, los cuales por el volumen de operaciones que en las dos primeras semanas de cada mes en la oficina era imposible llevar a cabo, me acerque, baje el cofre y lleve la caja a los respectivos auditores para su cuadre»*. Relativo al faltante de \$228.000 del día 26/01/2017, señaló no ser cierto conforme lo muestra la consulta del cuadre diario de caja, sin tener claridad como realizó el arqueo los auditores. En lo tocante a la adulteración de facturas por gastos de alimentos o transportes, preciso que las mismas eran autorizadas por el asistente administrativo a través del aplicativo de caja que estaba en periodo de prueba y *«no estaba detallado como se deberían hacer esos pagos, esas facturas fueron canceladas por un soporte inicial en el cual el asistente me solicitaba el*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

dinero para compra de alimentos eventuales, el cual, ese dinero era entregado a la muchacha de cafetería, después de ese proceso el asistente me dice timbre ese valor, pero en ningún momento la factura estaba enmendada», añadiendo a la pregunta de si los pagos se consumaban sin la factura física que, esas facturas no se pagaban pues se daba el dinero autorizado por un soporte del asistente, en tanto «cuando usted hace una compra en un supermercado, como va a comprar sino cuenta con el dinero». Finalmente manifestó ser cierto que en la auditoría del 5 de enero de 2017 se detectó que no todo el efectivo no estaba guardado en las bóvedas de seguridad, al encontrarse paquetes de monedas por valor de \$2´182.000 por fuera de la caja y en el piso, justificándolo en la densidad del trabajo de las dos primeras semanas del mes y «no poder cumplir con todos los requerimientos de procesos de esas operaciones y, por lo que había pago de monedas tanto por consignaciones de clientes y usuarios, se acumuló una parte de esa moneda (...) quedaron pendientes a verificación y recuento para su respectivo proceso de guardarlas en las bóvedas», añadiendo que se encontraban en el cuarto de seguridad (medio magnetofónico a fl. 495).

A su turno el representante legal de la pasiva, Juan Carlos Padilla Galindo, en su interrogatorio de parte manifestó (CD a folio 495), que las causales imputadas al accionante fueron conocidas hasta el informe de auditoría que dio cuenta de la presencia de \$48.000.000 de propiedad del trabajador, los cuales se encontraban ubicados en la bóveda principal con todo el numerario del Banco, sin que obre prueba de alguna autorización concedida por el asistente o el gerente, lo cual no debería existir pues va en contra de las directrices y políticas de esa entidad que dispone la custodia, guarda y administración en la cajas de seguridad de los dineros de la institución. En lo relativo al faltante de \$228.000, alude que el mismo se evidencio en un segundo arqueo revisado a la oficina de Madrid con una diferencia de 5 a 6 días, con aquel que dio cuenta de los \$48.000.000 del accionante. Atinente a las facturas manipuladas, resalta que de los hallazgos realizados por auditoría se había evidenciado que las operaciones o facturas pagadas tenían una entrega del dinero sin atención al procedimiento exigido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

contablemente por el Banco, *«no había tenido la autorización del asistente en el sistema como tampoco había llevado a cabo el proceso, él había entregado el dinero y tenía pendiente hacer el procedimiento que, lo hacía posteriormente, eso está en contra de los manuales que tiene estipulado el Banco (...) el informe dice que el timbró con su código 20 pagos irregulares de facturas con cargos a la cuenta de alimentos eventuales»*. Resalta que BALLESTEROS CELY tenía a su cargo la administración, custodia y el manejo del dinero, lo que implicaba cuadrar la bóveda entregar provisiones a los cajeros auxiliares, hacer el recaudo de los movimientos por estos en el día, ejecutar los arqueos programados y los sorpresivos, de tal manera que el numerario de la institución siempre presente equivalencia con los movimientos diarios; referente a la forma de organización resaltó que debe presentarse con presillas, según la cantidad de fallos y las monedas conforme su denominación y guardadas en la bóveda; último que no se denoto en el primer arqueo cuando vislumbraron *«unas monedas que se encontraban ahí en el piso (...) no puede haber bolsas de dinero botadas en el suelo en el salón del recuento»*.

Por su parte, el testigo NELSON ANTONIO HERNANDEZ TORRES en su condición de Director de Auditoría de la pasiva señaló que en el arqueo de caja realizado en la oficina de Madrid se evidenció que el cajero principal, hoy demandante, dio un manejo inadecuado de la custodia del numerario de la entidad bancaria, al incorporar \$48.000.000 de su propiedad cuando no le está permitido hacer uso de las cajas fuertes para su beneficio y, sin que constara autorización para el efecto, en la medida que *«son exclusivas para el banco porque lo que se custodia ahí en las bóvedas, deben ser resultado de los saldos contable y de los saldos del sistema que genere la aplicabilidad»*, máxime cuando no fueron reportados en el sistema desde el retiro del CDT adelantado el 2 de enero 2017 hasta la fecha del arqueo, que lo fue el 5 de ese mes y año, lo que puede generar afectación al banco; denotarse un faltante de \$70.000 que debía estar guardado y legalizado en la caja de seguridad, a lo cual antes de empezar el conteo el demandante se retiró del recinto y luego



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de reincorporarse integró los \$70.000 aduciendo que no los había legalizado, así como un faltante de \$228.000 en un segundo arqueo; realizar pagos de facturas con adulteraciones conforme lo dio a conocer el dictamen grafológico, atendiendo que la cancelación debe generarse luego de que el proveedor lleve la factura; darse una indebida custodia del dinerario al encontrarse monedas por valor de \$2.000.000 fuera de la bóveda cuando *«al final de operaciones toda la plata debe estar custodiada en bóvedas»*. Relativo a lo deponente CESAR AUGUSTO CASTRO OVALLE y MARTHA SOFIA PRADO OROZCO, ninguna cuenta dan al punto de debate, en tanto manifestaron desconocer las razones de la desvinculación (medio magnetofónico a folio 495).

En lo referente a los medios de convicción documentales, obra acta de descargos adelantada el 10 de febrero de 2017 folios 49 a 62, de las cuales se logra desprender como el accionante refiere la realización de pagos menores por concepto de alimentos eventuales conforme el procedimiento asignado para trámite de pago y timbre y desembolso del dinero que, según consta a folio 50, confiesa el demandante es *«el Cajero en la Oficina en la que se realiza el pago, timbra el comprobante de la transacción, genera el tiquete de pago para ser firmado para ser firmado por el funcionario solicitante y entrega el dinero»*. Relativo al sobrante de \$48.000.000 detectados en el arqueo del 5 de enero de 2017 señaló que al iniciar el arqueo informo inmediatamente de la existencia de tal rubro, resaltando que el efectivo del Banco estaba debidamente cuadrado y organizado como lo establece el manual de caja; añadiendo que sobre el faltante en la caja *«nuestra oficina es receptora de moneda, y más en la temporada de enero y febrero, en la cual los clientes rompen sus alcancías para el pago de pensiones e impuestos lo que originó un gran volumen de moneda, teniendo que dejarla contada y empacada pero sin poderla guardar dentro de la bóveda principal, hasta no lograr recontarla»*. Así mismo señaló que se ausentó del cuarto de recuento para ir a su caja y abrir el cofre de seguridad, el que contenía \$20.000 en billete, \$34.000 en moneda y \$16.000 en una factura de alimentos eventuales *«la cual no se pudo procesar el mismo día por el alto volumen*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de movimientos de la oficina; aclarando que ese dinero obviamente también hacia parte del numerario de la oficina y debía ser objeto de recuento y verificación por parte de los Auditores»

En lo que atañe a las obligaciones encartadas al demandante como cajero principal, se advierte en el manual de cuadre diario de caja⁶ que este dispone la realización diaria de cuadre de efectivo y moneda, a ejecutarse al finalizar la atención al público, verificando y comparando los resultados que arroje la consulta AJCFO- totales de transacciones por oficina. En igual sentido obra cita del manual de pagos internos folio 332 donde relaciona el trámite a seguir en tratándose de gastos originados en la compra de alimentos, que en el numeral 7° refiere «*el cajero en la oficina en la que se realiza el pago timbra el comprobante de la transacción, genera el tiquete de pago para ser firmado por el funcionario solicitante y entrega el dinero. Finaliza el procedimiento*».

En igual sentido obra Código de ética y Conducta Banco Popular S.A. (folios 367 a 388), con fecha de expedición año 2008 el cual en el numeral tercero resalta que su alcance aplica a todos los empleados de esa entidad.

Hasta este punto, evidencia esta Colegiatura que, como con acierto lo estableció el *A quo*, el convocante a la acción ordinaria laboral se encontraba diáfananamente compelido a realizar la función diaria de cuadre de caja y bóveda, siendo responsable de todo el numerario recibido y obrante en esa entidad, junto con aquel compromiso de guarda en los sitios dispuestos para ello. Así mismo se evidenció que era el encargado de realizar el pago de las facturas causadas por alimentos, función que implicaba la entrega del efectivo en el momento de presentarse el soporte y/o factura del gasto.

⁶ Folio 323



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Pues bien, de los hechos y pruebas antes relacionadas, encuentra esta Sala de Decisión que los reparos elevados en la alzada no hallan camino de prosperidad y, por el contrario se evidencia acertada la decisión esbozada por la Juez de Conocimiento, al manifestar acreditada la justa causa que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo y la grave falta en la que incurrió el demandante, pues para esta Colegiatura salta evidente que teniendo claridad RAMIRO BALLESTEROS CELY de las obligaciones encargadas en el desarrollo del cargo, máxime cuando su vinculación a la entidad bancaria no era pasajera o actual, sino que fue materializada desde el año 1995 y fungía como cajero principal, por lo menos, desde en año 2006 como da cuenta la documental a folio 246 y 247, de manera indolente y descuidada decidió evadir las mismas y no efectuar las depuraciones correspondientes para la correcta ejecución de las labores de guarda en la bodega de seguridad de los dineros, haciendo aún uso personal de tal espacio cuando estaba prohibido, pese a demostrar discernimiento en los montos que debían ser integrados en los elementos dispuestos para seguridad del numerario, así como denotar su comprensión en la forma de realización de tal labor, tanto que en el acta de descargos como en la declaración rendida ante el Juez de primera instancia, confesó que los únicos montos que podían ser guardados en las cajas fuertes y bóvedas de seguridad correspondían aquellos derivados de la operación del banco, lo que implicó que al ser llamado a descargos realizara la solicitud a los auditores para que le permitieran el retiro de los dineros allí guardados.

Ahora, llama la atención de esta Sala que, luego de constatarse en el arqueo del 5 de enero de 2017 un indebido uso del elemento de seguridad, la inobservancia de la custodia de las monedas y la falta de legalización de los dineros por alimentos eventuales en suma de \$70.000, nuevamente al realizarse otro arqueo en el mismo ciclo (26 de enero de 2017), de manera reiterada se detectara otro incumplimiento en el manual de cuadre diario de caja, ante un faltante de \$228.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Montos respecto de los cuales, no se evidencia una prueba o justificación válida que permitiera exculparlo en la ausencia de atención a sus deberes.

Y sin que resulte valedera la indicación del exceso de funciones por la temporada en la que se realizó el arqueo, pues tal explicación no encuentra soporte en el material probatorio incorporado a las diligencias, resultando ser solo el dicho del extrabajador, cuando de sus propias manifestaciones en el curso del interrogatorio de parte, explicó que tal función debía ser ejecutada diariamente al tenor de los procedimientos dispuestos para el efecto.

Suceso que igualmente cobija aquel trámite de pago de las facturas por alimentos eventuales, aclarando en este tópico que en el *sub examine* no se está trasladando funciones del asistente administrativo, ni se está encartando con responsabilidades por fraude o manipulación de facturas, como pretende dilucidarlo el profesional de derecho en la alzada, pues el reparo advertido por el Banco accionado concierne en la forma en que se consumó el pago de las mismas; trámite que como se dejó visto en líneas anteriores debía realizarse una vez se entregara la factura correspondiente; sin embargo, no solo de las probanzas documentales adosadas al expediente, entre esas aquella vista a folio 292 se desprende la entrega del dinero con anterioridad a la data de la factura, sino que de la misma declaración de BALLESTEROS CELY se colige que tal acto fue así realizado, al punto que como justificante rechaza el formalismo impuesto en el manual de pagos internos, al aducir que no se podría realizar la compra sin contar con anterioridad con el dinero para ello.

Sobre el particular, esta Sala se permite resaltar que las causales esbozadas en la carta de despido se encuentran debidamente corroboradas, así como su justeza, la que derivó de la ausencia de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

realización de sus funciones en la forma dispuesta por la entidad financiera lo que, se *itera*, fue aceptado por el mismo accionante en su declaración; así como se logra denotar la extralimitación y uso indebido de los elementos de seguridad del banco, para su uso personal, resaltándose que lejos se encuentra en tener por demostrado aquella manifestación que con vehemencia el apoderado demandante, al buscar centrar el acto de guarda de \$48.000.000, como uno ejecutado por un cliente, pues no solo ello se encuentra prohibido como dieron cuenta las sendas pruebas relacionadas, sino que el soporte de su ejecución a sido explicada de manera invariable por BALLESTEROS CELY en el sentido de evitar la consumación de un hurto durante el traslado de los mismos.

Así las cosas, esta Sala de Decisión encuentra comprobada la justa causa alegada por BANCO POPULAR S.A., pues conociendo las funciones y procedimientos a realizar para la adecuada ejecución de su labor, la cual era reiterada y constante, el señor RAMIRO BALLESTEROS CELY de manera indolente decidió no efectuarlo, motivo por el cual, suma confirmar la sentencia impartida por la Juez de Conocimiento.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000. Liquidense en primera instancia.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 10 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **RAMIRO BALLESTEROS CELY** contra **BANCO POPULAR S.A.** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A-quo*. En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la parte demandante, fijando como agencias en derecho la suma de \$600.000, liquídense en primera instancia.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **FABIOLA ORREGO ECHEVERRY** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA**

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

identificada con cedula de ciudadanía No. 52.938.149 y tarjeta profesional 282.206 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **FABIOLA ORREGO ECHEVERRI** a través de apoderado judicial, persigue se declare la nulidad de la vinculación al régimen de ahorro individual adelantado a través de COLFONDOS S.A., por existir vicio en el consentimiento por error de hecho, así como se declare que COLPENSIONES debe recibir el traslado de régimen, las cotizaciones y rendimientos como si nunca se hubiera movilizado; como consecuencia de lo anterior se condene a COLFONDOS S.A. a procesar y tramitar el traslado al régimen de prima media de forma inmediata, asumiendo las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría; conduciendo al traslado de todas las sumas de dinero aportadas, rendimientos, cuota administradora, intereses y demás deducciones realizadas, junto con la indemnización por perjuicios de llegar a demostrarse diferencia entre lo cotizado y lo que se debe acreditar en el RPM; condenas extra y ultra petita. (folios 5 y 6).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 a 5 de las diligencias, que en síntesis advierten que nació el 1 de octubre de 1959 e inició la realización de cotizaciones a pensión desde diciembre de 1982. Indica que fue afiliada a COLFONDOS S.A. el primero de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

noviembre de 1995, pero sin cumplir con el deber de información y buen consejo, que le permitiera valorar las consecuencias del traslado de régimen pensional, lo que acredita su realización por conveniencia económica a favor de la entidad pensional; omitiendo datos sobre el funcionamiento del traslado, sin entregar proyección financiera y limitarse a señalar la desaparición del Instituto de Seguros Sociales y con ello la pérdida de la pensión. Relata que COLFONDOS S.A. no le remitió notificación cuando le faltaban menos de diez años para adquirir la edad pensional, cuando para el año 2014 cumplía con los requisitos para acceder a la prestación por riesgo de vejez. Concluye manifestando que solicitó al Instituto de Seguros Sociales y a COLFONDOS S.A. el traslado de régimen, el cual fue decidido desfavorablemente, pese a advertirse una diferencia en el valor de la mesada pensional entre cada régimen.

CONTESTACIÓN: La convocada **COLFONDOS S.A.**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que obedeció al ejercicio a la autonomía de la voluntad por una decisión libre, espontánea, informada y sin presiones, tal como consta en el formulario de afiliación suscrito por la demandante, producto de la capacitación realizada a los asesores. **Excepciones:** propuso como medios exceptivos los denominados validez de la afiliación del RAIS con Colfondos; buena fe; prescripción; inexistencias de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A.; y las que se prueben en el curso del litigio, folios 83 a 88.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el negocio jurídico celebrado mediante la suscripción del formulario de afiliación, generó obligaciones recíprocas, dentro de las cuales se encontraba en cabeza de la demandante el informarse respecto de las consecuencias de trasladarse a un fondo privado. **Excepciones:** elevó como medios exceptivos los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

denominados buena fe; el hecho de un tercero; validez del negocio jurídico; prescripción e innominada, folio 111 a 118.

El litisconsorte **PORVENIR S.A.**, adujo su rechazo al *petitum demandatorio*, al anunciar que la afiliación de la demandante con HORIZONTE S.A., fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como deriva del documento de vinculación que se presume autentico. Agrega que la reclamante se encuentra inmersa en la restricción señalada por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003.

Excepciones: propuso como medios exceptivos los denominados prescripción; buena fe; inexistencia de la obligación; genérica, folios 153 a 177.

Finalmente, el litisconsorte **PROTECCIÓN S.A.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, alegando la ausencia de vicios en el consentimiento de la demandante, que permitan declarar la nulidad o ineficacia con esa entidad en la medida que resultó válido y produjo efectos jurídicos, por confluir los elementos de existencia y validez al momento de suscribir el formulario de traslado.

Excepciones: reclamó la declaratoria de las excepciones tituladas como validez de la afiliación a Protección, buena fe; inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho; prescripción y, las que se prueben durante el curso del litigio, folio 183 a 109.

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 17 de septiembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación que hizo Fabiola Orrego Echeverri a Horizonte hoy Porvenir S.A., suscrita el 23 de octubre de 1995; **declarar** que para todos los efectos legales la demandante nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad; **ordenar** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

motivo de la afiliación de Fabiola Orrego Echeverri, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses cómo lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ello significa que se debe ordenar a Colfondos S.A. traslade a Colpensiones lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual con los rendimientos y los gastos de administración; **ordenar** a Colfondos, Protección y Porvenir trasladar a Colpensiones lo que haya deducido de los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración, los que deberá asumir con su propio patrimonio; **ordenar** a Colpensiones recibir a la demandante como afiliada e imputar las semanas que haya cotizado en las otras entidades en su historia laboral, una vez reciba los dineros que le debe trasladar Colfondos, Porvenir y Protección; **declarar no probada** la excepción de prescripción; **negar** las demás pretensiones de la demanda y **sin costas** en esa instancia (CD folio 220 vuelto).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, al tenor del artículo 167 del Código General del Proceso y bajo los apremios de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, le corresponde a la AFP demostrar la entrega de la información objetiva, comparada y transparente al momento del traslado, sin que se supla con el formulario de afiliación; aspecto que no fue demostrado en el curso de las diligencias por las demandadas, lo que abala el retorno de la accionante al régimen de prima media administrado por Colpensiones, sin que se advierta reparo en su vinculación inicial a la Caja de Previsión Social del Distrito.

RECURSO DE APELACIÓN: la **AFP PORVENIR S.A.** presentó **disidencia parcial a la sentencia de primer grado** en lo que concierne a los numerales primero y cuarto, colocando de presente que la declaratoria de nulidad tiene como referencia los precedentes de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sin embargo, para el momento del traslado se encontraba en completa libertad de movilizarse, el que se convalidó con la firma del formulario de afiliación como único medio exigido para esa fecha, debiéndose analizar cada caso de manera particular, conforme las aclaraciones de voto en



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

algunas sentencias del H. Tribunal Superior de Bogotá, pues conforme la edad y las semanas cotizadas por la demandante, se evidencia que no tenía un derecho adquirido que le impidiera adelantarlos. Resalta que no procedía el uso de las facultades *ultra y extra petita*, al no comportar cuestiones económicas o de prestaciones y no estar probados dado que no incorporó ningún medio de prueba. En lo que respecta a la devolución de gastos de administración, alega ser una condena desproporcionada por ser ajeno a la fijación del litigio y, que si bien se sustentó en la línea jurisprudencial, en el presente no pudo determinarse un perjuicio dado que los aportes fueron trasladados a otra administradora, se hallan autorizados por la Ley 100 de 1993, y cuentan con una destinación específica diferente a la pensión de vejez.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada contra la anterior **determinación**, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que de las pruebas arrimadas al expediente se acredita la prohibición de traslado de la accionante por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, atendiendo que nació el 1° de octubre de 1959 y que a la fecha de la reclamación administrativa ya había superado el límite normativo; sumado a que no resulta beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 por carecer de las 750 semanas de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005, beneficio este, que resulta ser el único que permite trasladarse en cualquier tiempo y demuestra la ausencia de expectativa legítima. Indica que de las pruebas recaudadas se establece que el error invocado no es el de hecho, el cual fue subsanado por el paso del tiempo y su voluntad en permanecer en el régimen privado; en la medida que no se puede desconocer que fue la Corte Constitucional la que estableció que aceptar traslados como el hoy solicitado generaría un detrimento en el sistema afectando el derecho pensional de quienes han cotizado toda su vida a Colpensiones. Por último, indica que la accionante no solicitó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

asesoría a esa entidad que le permitiera inferir que aquella decisión de cambio de régimen era la mejor para su futuro pensional.

Finalmente, las administradoras **COLFONDOS S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recurso de apelación en lo atinente al numeral primero y cuarto de la parte resolutive, aduciendo en síntesis que la orden de devolución de los gastos de administración va en contra del mandato legal que avala la retención del tres por ciento para cubrir los seguros previsionales conforme el Artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que opera tanto para el RAIS como para el régimen de prima media. Dineros que fueron administrados con la mayor diligencia y cuidado como da cuenta los buenos rendimientos financieros que generaron y, demuestran que dicha contraprestación fue resultado de tal labor. De suerte que, en el marco de las restituciones mutuas por la ineficacia de la afiliación señaladas por el artículo 1746 del Código Civil, que implica el retorno de las cosas como si nunca hubiere existido el vínculo, daría lugar igualmente a la inexistencia de los rendimientos financieros que deberían ser objeto de devolución por el afiliado; por lo que si la AFP no puede tener la comisión por administración la demandante igualmente carecería de derecho de los rendimientos. Esta teoría fue advertida por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del año 2008, al manifestar que las consecuencias de la nulidad no pueden tener los mismos efectos del derecho privado por estar frente a un derecho de la seguridad social. Manifiesta que con la orden del juzgado se constituye un enriquecimiento sin justa causa y contraviene la Constitución Política por afectar el derecho al patrimonio, la igualdad y buena fe de la entidad.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Parte demandante: Este extremo manifestó que *«es evidente la responsabilidad de las demandadas debido a que no pueden probar su deber profesional lo que si está demostrado es la ausencia total de asesoría por parte de dicha administradora de pensiones, toda vez que la función de asesorar o dar información no fue ni clara, ni cierta, ni veraz, ni suficiente ni oportuna, violando e incumpliendo de esta forma por medio de sus promotores el artículo 12 del Decreto Ley 720 de 1994»* guardó silencio dentro del término procesal concedido.

Parte demandada: La convocada **PORVENIR S.A.** reclamó la absolución, indicando que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, ni el art. 271 de la Ley 100 de 1993. Que le garantizaron el derecho de retracto, conducta que se prueba con la publicación que realizó en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004, como dispuso inicialmente el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, sin que ejerciera esta facultad, lo que debe valorarse como negligencia. Concluye resaltando que no es viable imponerle cargas distintas a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación.

A su turno, la demandada **COLPENSIONES** indicó que a no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición, situación ésta que es la única que permite a un afiliado a trasladarse al régimen de prima media con prestación definida, en cualquier tiempo, no tiene una expectativa legítima sino una mera expectativa.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma el 13 de julio de 2017, folio 21.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por las apelantes, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por FABIOLA ORREGO ECHEVERRY al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., junto con el reintegro a Colpensiones de los gastos de administración.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del documento de identificación (fls.20), reclamaciones administrativas y su respuesta (fls.21 a 33), comprobante de nómina (fls.46 y 47), expediente administrativo obrante en las demandadas (folios 89 a



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

105,), interrogatorio de parte absuelto por la demandante y la representante legal de Porvenir S.A. (medio magnetofónico folio 217).

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 señaló *«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 de 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 indicado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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, señaló:

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril, 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 bajo radicado 68838, con ponencia de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Esta fase supone el acompañamiento e interacción con personas expertas en la materia que le permitan al trabajador, con respaldo en la opinión, sugerencia o ilustración de su asesor, tomar decisiones responsables en torno a la inversión más apropiada de sus ahorros pensionales.

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

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

que requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada a la Caja de Previsión Social del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Distrito por su vinculación laboral con el Hospital Simón Bolívar (folio 178), para luego trasladarse a la AFP HORIZONTE S.A. ahora PORVENIR S.A. el 23 de octubre del 1995 (folio 178), con efectividad al 1° de noviembre de esa anualidad; con posterioridad se movilizó a COLMENA S.A. el 10 de diciembre de 1998 (folio 198); seguido a lo cual se vinculó a Colfondos S.A. el 25 de octubre de 1999 (folio 89), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folio 92 a 104); supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada como obligatoriedad del precedente, y sin que merezca reproche alguno el uso de las facultades *ultra y extra petita* por la Juez de primera instancia, no solo derivado del cumplimiento de lo previsto por el Artículo 50 del CPT sino que emana de aquel deber de interpretación de la demanda, de cara a determinar el real responsable en la primigenia vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, es claro para esta Colegiatura que la AFP PORVENIR S.A. antes HORIZONTE 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 y, en cumplimiento a la carga dinámica de la prueba prescrita en el artículo 167 del CGP que, a su vez, libera de tal deber a quien reseña negaciones indefinidas como la no entrega de datos en el acto genitor de traslado. Información que no se encuentra acreditada en el plenario, ni aun deviene del formulario de afiliación militante a folio 178.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, se advierte la ausencia de asesoría por el representante de HORIZONTE S.A.; quien únicamente le mencionó que el Instituto de Seguro Social se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

iba a acabar, con la pérdida de los aportes realizados a ese fondo y, que solo en esa AFP lograría una pensión a cualquier edad con una cuantía superior; pero sin denotarse una globalidad en las características y riesgos del sistema de ahorro individual, al punto que le mencionaron que el ingreso base de cotización correspondería al último salario devengado y sin manifestar la posibilidad de adelantar aportes voluntarios. (CD a folio 217). En lo tocante al interrogatorio de parte rendido por la representante legal de COLFONDOS S.A., nada disímil se extrae a lo anunciado en el cuerpo del escrito de contestación de la demanda.

Dimanando en que las probanzas arrimadas a las diligencias no son suficientes para probar el consentimiento informado y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado; conducta omisiva que a todas luces demuestra una inducción en error a la accionante por la AFP PORVENIR S.A., lo cual conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de antaño, se asimila al vicio del consentimiento por dolo, error en el objeto y de hecho (Art. 1508 y s.s del C.C.).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Por otra parte, para la Sala pertinente resulta traer a colación lo enseñado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en las sentencias rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, SL13873-2014 y SL1452 de 3 de abril de 2019, en lo que refiere a las consecuencias o efectos de la nulidad o ineficacia del traslado, oportunidad en la que la Sala indicó:

«... 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 y CSJ SL4689-2018, 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».

Ahora, atendiendo el reparo que elevaron las demandadas respecto a la orden de devolución de los gastos de administración, esta Sala de Decisión no evidencia falencia en la disposición de primer grado, en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo».

Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

«Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

*La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, **de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración...**»*

E igualmente lo adujo la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13873-2014 con radicación No. 42500 del 8 de octubre de 2014 con ponencia del H. Magistrado Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al señalar:

«En efecto, en la sentencia CSJ SL, 7 feb. 2006, rad. 25069, reiterada en CSJ, SL, 13 mar. 2012, rad. 39772, esta Sala dijo:

*«Del texto transcrito es razonable colegir que, **al determinar cuál de las vinculaciones a una entidad de seguridad social es válida y cuáles no, la norma está precisando la vinculación que produce efectos jurídicos y, así no lo señale específicamente, de manera indirecta la entidad que debe tener a su cargo el reconocimiento de la prestación respectiva, que lógicamente debe ser aquella respecto de la cual se haya hecho la vinculación que es legalmente admisible y llamada a producir consecuencias para el afiliado...***

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se confirmará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas por los periodos de afiliación, por encontrarse lógica en la disposición judicial, pues el propósito final de la misma es lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión del afiliado que retorna, el que, como se ha *iterado* en el curso de la presente decisión, debe tenerse como si nunca se hubiera movilizado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*, en tanto es la consecuencia directa de la oposición de la pasiva y la condena fulminada. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes, por la ausencia de prosperidad en los reparos invocados. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Líquidense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 17 de septiembre del 2020 dentro del proceso ordinario laboral seguido por **FABIOLA ORREGO ECHEVERRI** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANDIAS PROTECCIÓN S.A.** conforme a lo dispuesto en la parte motiva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia lo estarán a cargo de los apelantes. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000 para cada una. Líquidense en primera instancia.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **RICARDO VALDERRAMA RAMÍREZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**. (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Alida Del Pilar Mateus Cifuentes** identificada con cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Johanna Andrea Sandoval.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **RICARDO VALDERRAMA RAMÍREZ** a través de apoderado judicial, pretende se declare que tiene derecho a que la demandada le reconozca y pague la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo; en consecuencia solicita, se condene a Colpensiones al pago de las mesadas pensionales que se declaren probadas a partir del mes de noviembre de 2008, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios y la indexación de las sumas reconocidas, del mismo modo, que se condene a lo probado ultra y extra *petita*, las costas y agencias en derecho. (fl. 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 del informativo, en los que en síntesis advierte que ha laborado y cotizado como aviador civil desde el 20 de agosto de 1987; que el salario actual es de \$6'000.000; que actualmente cuenta con más de 10.538 días laborados equivalentes a 1.505,30 semanas de cotización a pensiones; que el 21 de febrero de 2018 radicó solicitud de reconocimiento de la pensión especial de vejez por exposición a alto riesgo; que mediante Resolución SUB 60151 de 2 de marzo de 2018, la Entidad demandada negó la pretensión de reconocimiento pensional; que el 19 de abril de 2018 elevó recurso de reposición en subsidio de apelación en contra del acto administrativo que negó la pensión; que mediante Resoluciones SUB 116199 de 30 de abril de 2018 y DIR 9957 de 23 de mayo de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

misma anualidad, se confirmó en todos sus aspectos el acto administrativo reprochado.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que el actor no reúne los requisitos previstos en el Decreto 2090 de 2003, en tanto de las certificaciones allegadas al informativo se desprende que aquel no desarrolló actividades de las que se pueda deducir el alto riesgo pretendido, sumó a lo anterior, que de conformidad con la Ley 32 de 1961, la prestación pensional especial transitoria se encuentra en cabeza de la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC.CAXDAC y no a Colpensiones como lo pretende el demandante. **Excepciones:** formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones. (fls. 104 a 108).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 22 de septiembre de 2020, **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, **declaró** probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, y cobro de lo no debido, **condenó** en costas a la parte actora. (fl. Cd. 120).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que en el presente asunto el actor no es beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de aquel no reunía los requisitos que imprime la norma para tal efecto, sumó a ello, que de conformidad con el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Decreto 2090 de 2003, el demandante debió acreditar la exposición a la actividad de alto riesgo para hacerse beneficiario de la prestación pensional allí contenida, aspecto este que no acaeció en el devenir del proceso.

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, las partes no interpusieron recurso alguno, por lo que la decisión se remitió a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con el artículo 69 del CPL.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: este extremo guardó silencio.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones peticiona la confirmación de la sentencia apelada, al considerar, en esencia, que el señor. Ricardo Valderrama Ramírez acreditaba 57 años, contaba 1436 semanas de cotización, y de conformidad con la certificación laboral aportada y los demás documentos que reposan en el expediente administrativo del demandante se puede desprender que no trabajó en actividades de alto riesgo, como quiera que las labores desempeñadas no implican trabajos técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo con licencia expedida o reconocida por la oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil, toda vez que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

las labores desempeñadas por el demandante corresponden a actividad de piloto cuya actividad no está relacionada como alto riesgo.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte actora cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la Resolución DIR 9957 de 23 de mayo de 2018, vista a folios 72 a 84 del informativo, por medio de la cual se desató el recurso de apelación formulado en contra de la Resolución SUB 60151 de 2 de marzo de la misma anualidad.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, las manifestaciones esbozadas por el Juzgado de primera instancia, y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, si el libelista es beneficiario de la pensión especial de vejez por ejercer actividades de alto riesgo junto con el respectivo retroactivo pensional y los intereses moratorios a que haya lugar.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DE LA RELACIÓN DE TRABAJO Y LA LABOR EJECUTADA POR EL DEMANDANTE

Con miras a resolver la *litis* planteada, es preciso acotar que del material probatorio acopiado al expediente se tiene que el actor prestó sus servicios como piloto a diversas compañías aéreas, supuesto de facto que se acredita con la Resolución SUB 60151 de 2 de marzo de 2018, emitida por Colpensiones, en la que la entidad afirmó que el actor, al momento de petitionar la prestación pensional, incorporó certificación laboral emitida por la sociedad Servicios Aéreos Panamericanos S.A.S., de la que se colige que «*El señor Valderrama Ramírez Ricardo, identificado(a) con la CC No. 70.554.753 laboro para nuestra compañía en el cargo de **PILOTO** bajo contrato de trabajo a término indefinido desde el pasado 15 de enero de 2005 hasta el día 05 de julio de 2005*», aspecto que se acompasa con lo expresado por el libelista en el hecho 1° de la demanda, en el que asegura que prestó sus servicios a diversas compañías aéreas desde el año 1987 en condición de aviador.

PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ – ALTO RIESGO

Con miras a resolver el *sub judice* dilucidado en líneas precedentes, procede esta Sala de Decisión analizar las pruebas a que se contrae el expediente a la luz de lo regulado por el art. 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del actor (fl. 13); registro civil de nacimiento (fl. 14); certificación emitida por la ARL Liberty Seguros de Vida S.A. (fl. 15); frecuencia de patologías (fl. 16 a 37); Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la Empresa Aerovías de Integración Regional S.A., Aires S.A., y/o Latam Airlines Colombia S.A., y la Organización Sindical Aerovías de Integración Regional –ADALAC.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

(fl. 38 a 42) actos administrativos (fl. 44 a 84); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 85 a 94); expediente administrativo (fl. 109).

ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO

La pensión peticionada en el *libelo incoatorio* busca el reconocimiento de una prestación especial de vejez por ejercer RICARDO VALDERRAMA RAMÍREZ actividades propias de aviador.

Para resolver el *sub judice*, esta Colegiatura considera necesario establecer en primer término, los regímenes legales anteriores, recordando que en tratándose de las pensiones especiales de vejez por alto riesgo para los afiliados al régimen de prima media con prestación definida, fueron establecidos en una primera oportunidad por el art. 15 del Acuerdo 049 de 1990, al indicar que la edad de pensión de vejez, sería disminuida para los trabajadores que laboraran expuestos a sustancias comprobadamente cancerígenas o a altas temperaturas según los literales b) y d) del artículo en mención.

Con posterioridad a esta norma y, en sustento del numeral 2° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, en especial el Decreto 1266 de 1994 que concedió las facultades extraordinarias al Presidente de la República, se profirió el Decreto 1281 de 1994 que determinó en su artículo 1° cuales serían las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador, entre ellas, nuevamente, los trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas o que impliquen exposición a altas temperaturas.

Ahora, con posterioridad y de igual manera, bajo el uso de las facultades extraordinarias conferidas por el legislador en la Ley 797 de 2003, se profirió el Decreto 2090 de 2003 mediante el cual se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

establecieron nuevas pautas para el estudio de la pensión especial de vejez y que se encuentra vigente, indicando en su artículo 6° las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, que lo sería el Decreto 1281 de 1994, transición prevista así «Quienes a la fecha de entrada en vigencia del presente decreto hubieren cotizado cuando menos **500 semanas de cotización especial**, tendrán derecho a que, una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión, esta les sea reconocida en las mismas condiciones establecidas en las normas anteriores que regulaban las actividades de alto riesgo. PARÁGRAFO. Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003» (Resalta de la Sala).

De este modo, con el objetivo de establecer si el accionante es beneficiario de la transición y concretar la densidad de semanas especiales, sea preciso corroborar *liminarmente* si en el ejercicio de las actividades laborales se vio inmerso en las prescripciones de la norma, a saber, estar expuesto a sustancias cancerígenas o que sean consideradas de alto riesgo.

Con tal propósito, valga memorar que el artículo 2° del Decreto Ley 2090 de 2003, dispuso cuales serían las actividades que se consideran de alto riesgo, preceptiva que estipula:

«Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

- 1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.*
- 2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.*
- 3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.*
- 4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.

6. *En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.*

7. *En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública». (Resaltado fuera de texto).*

Así las cosas, para determinar si las labores desempeñadas por el demandante se encuentran dentro de aquellas que contempla la norma antes transcrita, se procede al estudio del material probatorio recaudado en el expediente y analizado en líneas antepuestas, donde se colige que el demandante prestó los servicios a favor de la Empresa Aerovías de Integración Regional S.A., y efectuó cotizaciones a riesgos laborales bajo los siguientes criterios: i) Centro No. 3 Operativo de Transporte; ii) Actividad Económica – Transporte Regular Nacional de Pasajeros Vía Aérea y iii) tasa de cotización 4.350%, tal como se desprende de la certificación emitida por la ARL Liberty Seguros de Vida S.A., que reposa a folio 13 de las diligencias.

Del mismo modo, se tiene que de la Resolución SUB 60151 de 2 de marzo de 2018, emitida por Colpensiones, la entidad afirmó que el actor, al momento de petitionar la prestación pensional, incorporó certificación laboral emitida por la sociedad Servicios Aéreos Panamericanos S.A.S., de la que se colige que «"El señor Valderrama Ramírez Ricardo, identificado(a) con la CC No. 70.554.753 laboro para nuestra compañía en el cargo de **PILOTO** bajo contrato de trabajo a término indefinido desde el pasado 15 de enero de 2005 hasta el día 05 de julio de 2005"».



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De las pruebas recaudadas se evidencia que el demandante ejecutó las funciones de piloto para diferentes empresas, sin que dicha actividad se encuentre expresamente señalada en el artículo 2° del Decreto Ley 2090 de 2003, norma que establece las actividades que son consideradas de alto riesgo que dan lugar a una cotización adicional en pensión y que persigue favorecer a aquellas personas que se ven expuestas a sustancias o actividades que ponen en peligro o pueden disminuir la expectativa de vida del afiliado; nótese, como la citada norma, en el caso de la aviación, consideró como actividad de alto riesgo aquella que desarrollan los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, cargo y funciones que no se acompañan con las realizadas por el actor, pues se itera, de lo probado en el expediente se tiene que el señor Valderrama Ramírez se desempeñó como piloto.

Ahora bien, en estudio de constitucionalidad, la H. Corte Constitucional en la sentencia C-093 de 2017, analizó la posibilidad de incluir a aquellas personas que desarrollan actividades de aviadores dentro de los afiliados beneficiarios de la pensión especial por actividad de alto riesgo, oportunidad en la que desestimó tal pedimento al considerar que:

«Como consecuencia de todos estos yerros conceptuales y normativos del accionante, las acusaciones del demandante por el presunto desconocimiento de los derechos fundamentales de los aviadores son infundadas, por las siguientes razones: (i) la medida atacada no desconoce el derecho a la seguridad social, ya que los aviadores cuentan con un régimen pensional especial contenido en el Decreto 1282 de 1994, que les permite contar con ingresos económicos cuando sobrevienen circunstancias que les impiden laborar, como la vejez, el desempleo, la enfermedad o la incapacidad laboral, y el referido derecho fundamental no exige que este tenga que ser el previsto para las actividades de alto riesgo; (ii) la norma tampoco desconoce la dignidad de los aviadores civiles, en la medida en que el régimen pensional al que se encuentran sometidos les permite vivir autónomamente, asegura condiciones materiales de existencia cuando atraviesan condiciones adversas, y no afecta la intangibilidad de los bienes no patrimoniales ni la integridad física y moral de este grupo poblacional, que son los elementos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

constitutivos de la dignidad según la sentencia C-381 de 2014; (iii) tampoco se evidencia la afectación de la integridad personal que alega el demandante, máxime cuando en la demanda no se indican las razones de la presunta lesión, y cuando el cargo se ampara en una confusión conceptual entre las actividades de alto riesgo y las actividades peligrosas, claramente diferenciadas a nivel legislativo y jurisprudencial; (iv) por las mismas razones, tampoco se afecta la efectividad de los derechos fundamentales, pues el ordenamiento jurídico contempla un completo sistema prestacional para los aviadores civiles, dotado de institucionalidad y de recursos especiales, que asegura sus derechos cuando por distintas contingencias dejan de laborar; (v) tampoco resulta procedente el argumento del demandante sobre la afectación del derecho a la vida y la salud de los aviadores civiles por su exposición a las radiaciones ionizantes, puesto que éstas solo son nocivas para la salud cuando superan el tope de 20mSV, “mientras que a nivel mundial ellas sólo llevan a 3mSv anuales en promedio para los tripulantes de los vuelos comerciales a lo largo de un año”; asimismo, las consideraciones del accionante sobre el aumento en las horas de vuelo, el tráfico aéreo, el calentamiento global y el estrés, que a su juicio conducen a una menor expectativa de vida, también carecen de todo soporte científico; de este modo, como no se presenta la amenaza real y concreta a la vida que el actor aduce como fundamento de su acusación, el cargo resulta improcedente; (vi) finalmente, el hecho de que el derecho positivo haya establecido una diferenciación entre los controladores aéreos y los aviadores comerciales, calificando la actividad de los primeros como de alto riesgo y la segunda no, tampoco infringe el principio de igualdad, como quiera que existen diferencias objetivas relevantes entre unos y otros, y como quiera que en el caso de los primeros, la expectativa de vida se encuentra limitada con respecto al resto de la población; estas diferencias relevantes llevaron al legislador a establecer la diferenciación normativa, y a los órganos judiciales, como el Consejo de Estado, a validar y justificar tal diferenciación». (Resaltado fuera de texto).

De otro lado, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 3652-2019, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, al desarrollar el estudio de las prestaciones pensionales que se derivan de la actividad de alto riesgo enseñó que:

«En consecuencia, el hecho de que la actividad económica principal de una empresa o uno de sus centros de trabajo sea calificado en el sistema de riesgos laborales en los niveles IV o V (alto y máximo), no necesariamente implica que el trabajador desarrolle las puntuales funciones descritas como de alto riesgo en el Decreto 2090 de 2003. De hecho, pueden existir entidades y unidades de producción clasificados en la ARL en los riesgos IV o V cuyas actividades sean distintas de las del Decreto 2090 de 2003. O para hacerlo más breve: no toda actividad clasificada de alto riesgo en el sistema de riesgos laborales, es una actividad de alto riesgo en el contexto del sistema general de pensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así, si bien del documento acusado se desprende que la actividad económica de Cementos Argos S.A. consiste en la «fabricación de cemento, cal y yeso», cuyo ejercicio la ubicó en clase V dentro del sistema de riesgos laborales, de ello no se infiere que en el desarrollo de sus funciones el actor tuviera contacto permanente con sustancias cancerígenas o estuviera expuesto a otra de las contingencias de que trata el Decreto 2090 de 2003

En suma, de la única prueba invocada no se deriva el derecho reclamado y no tiene la fuerza suficiente para quebrar el pilar fundamental de la sentencia confutada. De suerte que el reproche carece de fundamento».

Del anterior contexto jurisprudencial se extrae, que no toda actividad que se desarrolle o ejecute en centros de trabajo calificados por el sistema de riesgos laborales como de nivel iv o v, necesariamente conlleva a que el trabajador sea beneficiario de la pensión especial por actividad de alto riesgo, como tampoco que desarrolle alguna de las actividades contempladas en el Decreto Ley 2090 de 2003, contrario a ello, lo que pretendió el legislador con la prerrogativa pensional aquí estudiada, no fue otra cosa diferente, que amparar a aquellas personas que tienen contacto directo y permanente con sustancias cancerígenas o que disminuya notoriamente su expectativa de vida.

Para el caso de los pilotos, nótese como la Corporación de cierre en materia constitucional, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad en contra del límite temporal dispuesto por el acto legislativo 01 de 2005, analizó la diferenciación legislativa que existe entre el controlador aéreo y los aviadores comerciales, concluyendo que la norma no resulta atentatoria en contra de las prerrogativas *ius* fundamentales de estos últimos, ello en tanto, en el caso de los pilotos comerciales, no se acredita científicamente una exposición prolongada a radiaciones ionizantes; así la Corte en la sentencia C-093 de 2017, dispuso que «... *tampoco resulta procedente el argumento del demandante sobre la afectación del derecho a la vida y la salud de los aviadores civiles por su exposición a las radiaciones ionizantes, puesto que éstas solo son nocivas para la salud cuando superan el tope de 20mSV, “mientras que a nivel mundial ellas sólo llevan a 3mSv*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

anuales en promedio para los tripulantes de los vuelos comerciales a lo largo de un año».

Dicho lo precedente, encuentra la Sala, que en manera alguna las aspiraciones del demandante encuentran vocación de prosperidad. Lo anterior se afirma, por cuanto como se indicó en precedencia, si bien es cierto, Ricardo Valderrama Ramírez prestó su fuerza de trabajo como piloto para diversas compañías aéreas, también es cierto, que dicha actividad no se encuentra consagrada como actividad de alto riesgo en la legislación vigente y que le permita acceder a la prestación pensional que de ello se deriva, tampoco se acreditó por parte del demandante la exposición constante y prolongada a sustancias cancerígenas o ionizantes que disminuyan su expectativa de vida y que lo hagan merecedor de la pensión que por esta vía reclama, carga probatoria que a la luz del artículo 167 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., se encontraba en cabeza del actor.

Por lo hasta aquí expuesto, es que resulta palmaria la confirmación de la sentencia consultada.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia sin costas dado que el estudio del proceso se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

RESUELVE

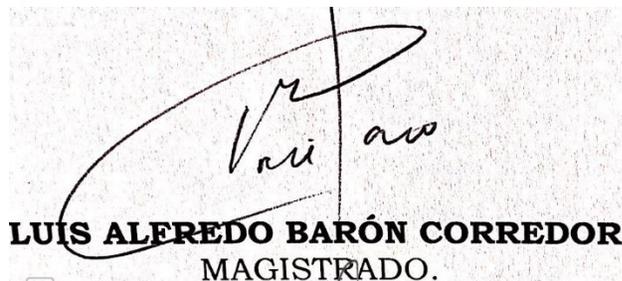
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el día 22 de septiembre de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **RICARDO VALDERRAMA RAMÍREZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *a quo*. En esta segunda instancia sin costas dado que el estudio del proceso se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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