



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JANETH SÁNCHEZ GARIBELLO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, MARÍA CAMILA RAMÍREZ SÁNCHEZ.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta de Colpensiones a Viviana Moreno Alvarado, identificada con C.C. No.

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»



1.093.767.709 de los Patios y portadora de la T. P. No. 269.607 del C. S. de la Judicatura; así mismo se reconoce personería para actuar como apoderada sustituta de Janeth Sánchez Garibello a Ana María Guerrero Quintana, identificada con C.C. No. 1.014.243.429 de Bogotá y portadora de la T.P. No. 329.843, conforme a las sustituciones allegadas vía correo electrónico.

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora JANNETH SÁNCHEZ GARIBELLO solicita se le reconozca el derecho que le pueda corresponder dentro de la sustitución pensional reconocida a favor de su hija María Camila Ramírez Sánchez, en condición de hija del causante.

Como consecuencia de la anterior declaración se reconozca la sustitución pensional a su favor, se ordene a reconocer y pagar la prestación desde la fecha en que se produzca la sentencia en la cuota parte que le corresponda de la pensión reconocida a la señora María Camila Ramírez Sánchez, indexada y con sus respectivos intereses moratorios; al pago de costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 7 de las diligencias, que en síntesis advierten, que constituyó una sociedad marital de hecho con el señor Miguel Ángel Ramírez Manrique por espacio de 20 años y hasta su deceso; que fruto de la unión se procreó una hija; que al señor Ramírez le fue reconocida pensión de vejez en el año 2000; que el señor Miguel Ángel falleció el 5 de noviembre de 2016; que Colpensiones reconoció la sustitución pensional a su hija, María Camila Ramírez Sánchez, por estar estudiando; que el 16 de marzo de 2017 solicitó el reconocimiento pensional en calidad de compañera



permanente y tal pedimento fue negado mediante sendos actos administrativos.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, previo a reconocer la pensión a favor de la hija del causante, la entidad hizo la publicación del edicto emplazatorio con el fin de que se hicieran presentes las personas que consideraran tener derecho a la prestación y la actora se presentó en forma extemporánea a reclamar. Como medios exceptivos propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción, innominada o genérica (fl 82 Archivo 01 del expediente digital).

Con auto del 4 de noviembre de 2020 se ordenó vincular a **MARÍA CAMILA RAMÍREZ SÁNCHEZ** en calidad de hija del señor Miguel Ángel Ramírez, al habersele reconocido a su favor la sustitución pensional en un 100% y consecuencia de ello, se podría ver afectada con el trámite (fl. 202 Archivo 01 del expediente digital).

MARÍA CAMILA RAMÍREZ SÁNCHEZ, en la oportunidad procesal no se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la demandante y se **abstuvo** de proponer excepciones (fl. 219 Archivo 01 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 24 de mayo de 2021, resolvió; **absolver** a la entidad de las pretensiones incoadas por la demandante; **declaró** probada la excepción de inexistencia del



derecho y de la obligación propuesta por Colpensiones; **condenó** en costas a la demandante, en medio salario mínimo legal mensual vigente; **ordenó** la consulta de la providencia a favor de la actora, en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Bien, conforme a lo anterior expuesto de las declaraciones extrajuicio de Gloria Cecilia Amaya Mejía y Luis Jorge Romero Torres, se tiene que si bien la señora Janeth Sánchez Garibello y el señor Miguel Ángel Ramírez Manrique sostuvieron una relación de 20 años hasta el momento de su fallecimiento de la cual se procreó la joven María Camila Ramírez Sánchez, lo cierto es que no se encuentra acreditada la real convivencia efectiva durante los últimos 5 años vida entre la demandante y el causante, pese a haber convivido en viviendas separadas, puesto que no se demostró que convivió con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, brindándose esa ayuda mutua y socorro mutuo cuando de compañeros permanentes se trata, toda vez que el expediente se encuentra huérfano de pruebas que acrediten la convivencia de la pareja porque, pues si bien conforme a las declaraciones de la demandante y de la joven María Camila Sánchez y las extrajuicio allegadas, se evidencia que la promotora del juicio mantenía una relación sentimental con el causante por 20 años de vivencia separada...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La apoderada de **la parte demandante**, solicita se estudie la comunidad de vida de la pareja por el interregno de tiempo por 20 años, que, la pareja constituyó una familia, al cuidar y criar a la hija que tenían en común; que el *de cujus* se hacía cargo de los gastos económicos de su hija, a pesar de que la demandante prestara sus servicios como trabajadora; que la decisión de no vivir en pareja obedeció a problemas con los hijos del señor Miguel Ángel.

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

La parte **demandante**, reclama se revoque la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que el solo trámite administrativo adelantado por Colpensiones no es suficiente para negar la solicitud de pensión y con ello vulnerar el derecho como madre cabeza de familia de la actora; que la pareja mantuvo una relación por más de 20 años; que María Camila como vinculada al proceso no se opone a la prosperidad del reconocimiento pensional.

La vinculada, **María Camila Ramírez Sánchez**, a través de apoderada judicial solicita se revoque la sentencia, al estimar que, la demandante convivió durante 20 años con el señor Miguel Ángel Ramírez Manrique (q.e.p.d.); que de acuerdo a la prueba testimonial y documental se puede acreditar tal situación.

La apoderada de **Colpensiones**, reclama se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que, la actora no acreditó la convivencia con el fallecido durante los últimos cinco años anteriores a su deceso.

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 demandante cumplió con el requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S. modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, conforme se desprende de la



Resolución SUB 46407 del 26 de abril de 2017, expedida por Colpensiones, de la cual se desprende que ante dicha entidad se presentó la demandante a efectos de que le fuera reconocida la sustitución pensional, con ocasión del fallecimiento del señor Miguel Ángel Ramírez Manrique, en su condición de compañero permanente, oportunidad en la que le es negada su aspiración. (fls. 20 del Archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S., esta Sala procede a analizar si la señora Janneth Sánchez Garibello, en su condición de compañera permanente del causante, es beneficiaria, en forma total o proporcional, de la sustitución pensional del señor Miguel Ángel Ramírez Manrique (q.e.p.d), de ser afirmativa la anterior premisa, establecer en que porcentajes procede el reconocimiento, dado que esta prestación fue en principio reconocida a su hija María Camila Ramírez Sánchez.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante señor Miguel Ángel Ramírez Manrique, pues la misma se desprende de la Resolución 004791 del 27 de marzo de 2000 (fl. 351 del Archivo 01 del expediente digital), prestación que se concedió a partir del 1º de abril del 2000, en una cuantía de \$1.339.950.

SUSTITUCION PENSIONAL

Es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que



determina la norma aplicable al caso. Bajo esta premisa, en consideración a que la señora Janneth Sánchez Garibello, pretende obtener la sustitución pensional vitalicia en calidad de compañera permanente del señor Miguel Ángel Ramírez Manrique (q.e.p.d), quien falleció el 5 de noviembre de 2016, según se indica en el registro civil de defunción visible a folio 45 del expediente digital. Es patente entonces, que el régimen aplicable es el previsto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, inciso 3° del literal a) el cual dispone:

«Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente» (Subrayado declarado condicionalmente exequible)

De esta manera el reconocimiento pensional de forma vitalicia está supeditado a dos requisitos, a saber, i) edad y ii) tiempo de convivencia. Frente al primero, se constata que la fecha de natalicio de la señora Janneth Sánchez Garibello fue el 3 de febrero de 1969 (fl. 48 del Archivo 01 del expediente digital), lo que en suma implica que para el deceso del causante, la señora Janneth Sánchez contaba con 47 años, cumpliendo así la primera de las exigencias.



En lo que respecta a la convivencia, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad artículo 13 de la ley 797 de 2003, admite, que el objetivo fundamental de la pareja es compartir en vida real y social, en este sentido la sentencia C-336 de 2014, expuso:

«El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.
(...)

Que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes».

Así pues, en aras de establecer si en el caso sub judice la demandante logró acreditar los requisitos que les impone la norma para ser beneficiaria de la sustitución pensional, resulta preciso entrar a analizar las pruebas arrojadas al plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del CPL dentro de las cuales reposan las siguientes documentales:

1. Copia de la Resolución GNR 8318 del 13 de enero de 2017, por medio de la cual se reconoció la sustitución pensional a Maria Camila Ramírez con su respectiva acta de notificación personal (fl. 12 Archivo 01 del expediente digital).
2. Copia de la Resolución SUB 197243 del 15 de septiembre de 2017, por medio de la cual se negó la prestación a la demandante con su



respectiva acta de notificación personal (fl. 26 Archivo 01 del expediente digital).

3. Copia de la Resolución SUB 269662 del 27 de noviembre de 2017, por medio de la cual se negó la prestación solicitada por la demandante con su respectiva acta de notificación personal (fl. 33 Archivo 01 del expediente digital).
4. Copia de declaración juramentada rendida por Gloria Cecilia Maya Mejia, Janneth Sánchez Garibello, Luis Jorge Romero Torres (fl. 39, 41, 43 del archivo 01 del expediente digital).
5. Registro civil de defunción de Miguel Ángel Ramírez Manrique (fl. 45 del archivo 01 del expediente digital).
6. Registro civil de nacimiento de María Camila Ramírez Sánchez (fl. 46 del archivo 01 del expediente digital).
7. Copia de cédula de la demandante y del señor Miguel Ángel Ramírez (fl. 48 y 49 del archivo 01 del expediente digital).
8. Reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (fl. 89 del archivo 01 del expediente digital).
9. Expediente administrativo emitido por Colpensiones (fl. 264 a 536 del archivo 01 del expediente digital)

En lo que respecta a la convivencia de la señora Janneth Sánchez Garibello con el causante, se tiene en el interrogatorio de parte recepcionado tanto a la demandante como a su hija María Camila en calidad de litis consorte, estas afirmaron en su oportunidad lo siguiente;

Janneth Sánchez informó que, tuvo una relación más de 20 años, con el señor Miguel Ángel Ramírez, que empezó "...el noviazgo como en 1994



y se llegó como a un acuerdo entre los dos, teníamos las viviendas separadas...”.

Respecto a los gastos del hogar y de la hija en común de la pareja, *“siempre estuvo en la cuota para María Camila de sus gastos, de comida y de mantenerla. Los gastos él dijo vamos a compartir, usted va a aportar también y el también, pero el ganaba más, el aportaba más para Camila, él en eso siempre fue muy muy puntual. Había una cuenta Colmena en ese tiempo, él consignaba o personalmente me los entregaba. Yo también aportaba porque en mi casa pues me tocaba con gastos de comida o servicios y a la vez con, con los gastos para mí”.*

Al indagársele respecto al grupo familiar con el que vivía la demandante, esta indicó que, *“yo vivía con mis papás; mi mamá y mi papá, María Camila y yo”* y que su pareja sentimental, el señor Miguel Ángel vivía con *“con un hijo y con una nieta”*.

En lo atinente a los hechos acaecidos previo a la muerte de su compañero informó que, *“cuando el murió o estuvo en la clínica yo no fui porque los hijos, ellos cogieron ya sus decisiones y, lo mío no, no me llamaron para decir eh, me lo llevo a la clínica y yo no fui, ya me avisaron en el momento del fallecimiento, ya ellos tomaron todas las riendas del funeral, de todo, yo apenas pues si estuve en el funeral, en las cenizas”*.

Que el pensionado se quedaba en casa de la demandante 2 o 3 veces al mes.

A su turno, María Camila, hija de la demandante con el fallecido informó que, *“bueno pues, mis papas desde que yo tengo memoria siempre fueron pareja sentimental, no vivíamos juntos, pero si compartíamos y convivíamos digamos en muchos momentos, entonces siempre que había una reunión en mi casa o algo él venía a acá, a veces lo invitábamos para que se*



quedara, para que compartiera con nosotras o él nos invitaba para que fuéramos a su casa y compartiéramos también con su familia”.

El señor Miguel Ángel al tener más ingresos económicos aportaba un poquito más que su mamá para los gastos de ella, dado que Janneth *“respondía más que todo por los gastos de aquí del hogar, servicios, la comida, bueno...”*.

Cuando el señor Miguel Ángel *“...empezó a enfermar y los hijos se dieron cuenta de que estaba muy enfermo, decidieron que uno de ellos otra vez se fuera a vivir con él para poder cuidarlo, y pues finalmente, como que cuando mi papá empezó a enfermar, o sea estaba muy grave, mis hermanos lo llevaron al hospital y de hecho pues solo tuvimos conocimiento de que se había muerto, pero nunca nos dijeron como oigan ustedes también pueden asistir al hospital como para despedirse de él, o para verlo, no, o sea los últimos días no tuvimos contacto con él y tú como, una semana perdimos contacto con él”*

Y reitera que, el pensionado, un año antes de su deceso, se puso delicado de salud, *“mi hermano se fue a vivir con él para cuidarlo, porque mi hermano se había separado y tenía tiempo pues para cuidar de él”*; al indagársele por el acompañamiento a citas médicas, indicó que *“se repartían entre mis otros hermanos, como te digo, pues como son 6, pues digamos que todos se turnaban cuando no podía Miguel, pues el resto lo ayudaban pero pues digamos tampoco es que el asistiera mucho a controles y eso, simplemente”*.

Se suma a lo anterior, que a folio 39 y 43 del expediente digital obra declaración juramentada rendidas por Gloria Cecilia Maya Mejía y Luis Jorge Romero Torres, en la que indicaron *“...efectuadas las anteriores manifestaciones declaro que: doy fe de que conozco de cuerpo presente y de trato de hace 20 años a la señora Janneth Sánchez Garibello y al señor Miguel Ángel Ramírez Manrique quien en vida hizo vida marital de hecho con la señora*



Janneth, de esta convivencia se procreó una hija, María Camila Ramírez Sánchez que en la actualidad tiene 20 años de edad, también declaro que los ciudadanos antes mencionados mantuvieron una relación de NOVIAZGO, conservando sus viviendas separadas, hasta el día del deceso del señor Miguel Ángel Manrique.”, declaraciones que ratifican lo dicho por la demandante y la vinculada al proceso, respecto a la existencia de un vínculo sentimental en calidad de novios y no como compañeros permanentes; durante los 20 años que se mantuvo la relación, razones precedentes que llevan a esta Sala a no encontrar acreditada la convivencia de la demandante y el causante.

Dimana de lo precedente, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en primera instancia (arts. 60 y 61 CPL), que la señora Janneth Sánchez y el señor Miguel Ángel Ramírez Manrique, no forjaron una comunidad de vida, basada en la ayuda mutua y acompañamiento.

Así las cosas, no se encuentra desvirtuada la premisa de la no constatación de la convivencia, como se plasmó precedentemente y como bien lo determinó el *A quo*, habrá de confirmarse la sentencia objeto de estudio.

COSTAS:

Dadas las resultas del recurso de alzada se condenará en costas a la demandante y a favor de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en nombre de la República 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 Segundo (2°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 24 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JANETH SÁNCHEZ GARIBELLO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de JANETH SÁNCHEZ GARIBELLO y a favor de Colpensiones en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$600.000).

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras', written over a light-colored background.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CLEMENTINA DEL PILAR GONZÁLEZ PULIDO** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01²

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Viviana Moreno Alvarado** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 de Los Patios y tarjeta profesional 269.607 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 **CLEMENTINA DEL PILAR GONZALEZ PULIDO** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A.; en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla y afiliarla nuevamente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado; se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones realizadas junto con sus rendimientos financieros e intereses, al igual que reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización de su traslado al RPM; se condene a Colfondos S.A. a pagar a Colpensiones las sumas adeudadas debidamente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01³

actualizadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 8 archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 7 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 24 de febrero de 1963; se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida el 29 de septiembre de 1986, en donde cotizó 350 semanas a través de la Caja de Previsión Social de Cundinamarca – Caprecundi, la Caja de Previsión Social de Tenjo y la Caja de Previsión Social de Tocancipá. Que en el mes de junio de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., no obstante, continuó vinculada y aportando al ente público municipal Caja de Previsión Social de Tenjo, hasta la fecha en que terminó su mandato de Alcalde Popular, esto es, hasta el 31 de diciembre de 1994. Afirma que el 1º de diciembre de 2004 fue visitada por una promotora de Colfondos S.A., quien le indicó que en dicha administradora podría tener como ventajas el trámite de su bono pensional y mejores rendimientos, razón por la cual procedió a afiliarse a tal administradora. Sostiene que la información brindada en 1994 por parte de los asesores de Colmena, hoy Protección, se sustentó en que la afiliación al RAIS era más conveniente económicamente, además que el ISS y las cajas de previsión social serían liquidadas por el Estado; sin embargo, no le brindaron una asesoría seria, honesta y profesional para tomar una decisión libre, informada y consciente sobre su futuro pensional. Que en la actualidad ha efectuado aportes a pensión sobre un IBC



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01⁴

superior a \$13.000.000; además, que conforme a la simulación pensional realizada en ambos regímenes, se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro, siéndole más favorable la prestación que corresponde en el RPM. Concluye indicando que agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, en atención a lo previsto en el artículo 6° del CPT y SS, sin haber obtenido respuesta alguna.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Agrega que tampoco se evidencia dentro de las solicitudes anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora. Igualmente, sostiene que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, pese a encontrarse inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01⁵

de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones y la genérica (Archivo 07 del expediente digital).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a la prosperidad de las declaraciones y condenas al considerar en esencia que, el traslado al RAIS se presentó en virtud del derecho de la actora a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes. Sostiene que los asesores de Colfondos brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional. Añade que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, pues dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades o retornar al RPM, no lo hizo. Concluye afirmando que en ningún momento se está vulnerando su derecho pensional, puesto que la actora puede obtener una pensión de vejez en el RAIS, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01⁶

inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatoria administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la genérica (fls. 210 a 224 archivo 05 del expediente digital).

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Afirma que el acto de vinculación se realizó en forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre selección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, y por ello tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes. Concluye afirmando que no se puede pretender la declaratoria de una nulidad o ineficacia por las expectativas económicas respecto del valor de la mesada por vejez, ya que, un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por su favorabilidad económica, además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por lo que no puede regresar al RPM. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01⁷

denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (fls. 303 a 331 archivo 06 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 13 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por la actora al RAIS a través de Colmena hoy Protección, a partir del 16 de junio de 1994, y por ende, el que se realizó con posterioridad a Colfondos S.A. el 1º de diciembre de 2004; **declarar** válidamente vinculada a la demandante al RPM como si nunca se hubiese trasladado; **condenar** a la AFP Colfondos S.A. a devolver a la administradora de pensiones Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; **absolver** a las demandadas de las demás



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01⁸

pretensiones incoadas en su contra; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y **condenar** en costas a Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A. (Archivo 12 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Colmena, hoy Protección, haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea. Aclara que, si bien con anterioridad, la demandante se encontraba vinculada a una caja de previsión y no a Colpensiones, lo cierto es que, por virtud de Ley 100 de 1993, todas las cajas de previsión debieron entrar en liquidación y la única entidad autorizada para administrar el RPM es en la actualidad Colpensiones, razón por la cual esta última debe asumir a todos los afiliados que venían vinculados a las citadas.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01⁹

instancia, al considerar en síntesis que, en virtud a lo consagrado en el artículo 1495 del Código Civil, la afiliación no es un acto unilateral, sino que genera obligaciones para ambas partes, por manera que, si bien la AFP tiene la obligación de informar a su potencial afiliado, lo cierto es que este también debe actuar lo suficientemente informado. Agrega que ante el silencio de los administrados, la Corte Suprema de Justicia ha establecido la existencia de una afiliación tácita. Sostiene que, al ordenar el traslado de la actora a Colpensiones, se está atentando directamente contra el principio de la relatividad de los negocios en tanto con ello se genera una situación adversa a la entidad, al atentar contra el principio de sostenibilidad financiera y el fondo común. Añade que, la demandante al estar *ad portas* de adquirir su derecho pensional, se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual establece la posibilidad de que el afiliado se traslade de régimen una vez cada cinco años, excepto cuando le faltaren diez años o menos para alcanzar la edad mínima, a fin de evitar la descapitalización del fondo común, como así lo ha definido la Corte Constitucional. Que será el patrimonio público el que financiará la pensión de la demandante, pues su ahorro se hizo de manera individual, y por ende, no está llamado a financiar las pensiones de los demás afiliados al RPM, al no ser suficiente para solventar su propia prestación. Refiere que el traslado tuvo lugar en el año 1994, data para la cual la condición previa de brindar asesoría no se encontraba establecida en el ordenamiento vigente, al proceder únicamente para los traslados que se realizaron a partir del año 2014, argumento este que hace imprósperas las pretensiones al



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01¹⁰

encontrarse sustentadas en la falta de información por parte de los asesores de la AFP Protección. Indica que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico celebrado entre la activa y Protección, a más que la convocante no se encontraba inmersa en ninguna prohibición para efectuar el cambio de régimen pensional. Señala que el traslado fue producto de una manifestación libre y voluntaria de la activa, quien además ha permanecido afiliada por un periodo de más de 26 años, sin manifestar ninguna inconformidad, lo cual se refiere a los actos de relacionamiento, que ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, relativos a circunstancias que evidencian la voluntad del afiliado de pertenecer al RAIS. Finalmente, solicita que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, a la devolución efectiva de los dineros por Colfondos.

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: Solicita la confirmación del fallo apelado, por cuanto el material probatorio recaudado no permite inferir que la demandada PROTECCIÓN S.A. efectivamente cumplió la obligación de información, para la fecha del traslado, pues por el contrario, es la misma demandante en su interrogatorio de parte quien afirma que la asesoría que se le brindó no fue clara, precisa, suficiente, ni



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01¹¹

adecuada, pues más allá de ponerle de presente las características del régimen de ahorro individual, la posibilidad de acceder a su pensión a una edad inferior a la del régimen de prima media, no se informó las condiciones de uno y otro régimen, que le permitiera analizar y comprender los beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión, pues se le indicó que el Seguro Social se iba a acabar y que de no trasladarse se perderían todas las cotizaciones hechas, además nunca se informó sobre las consecuencias de perder el régimen de transición o que era posible devolverse a éste faltando 10 años para el cumplimiento de la edad mínima, hecho que denota un actuar falaz por parte de la administradora, toda vez que al omitir información de tal importancia, se le asaltó en su buena fe quien confiada, incurrió en el error craso de trasladarse a dicho fondo desconociendo que sus expectativas de pensionarse, no serían dignas.

Parte demandada: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que la demandante confesó durante la práctica del interrogatorio que, el asesor de la AFP le brindó asesoría a la hora de protocolizar el traslado de régimen y no solicitó el traslado al RPM. Refiere que se pudieron acreditar dentro del proceso actos de relacionamiento, donde se establece la voluntad de la actora de permanecer en el RAIS, uno de ellos, son los traslados horizontales y otros comportamientos que determinan relación entre las AFP y la actora. Añade que dentro del expediente no obra prueba alguna que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01¹²

demuestre un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), acotando que nos encontramos frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la DEMANDANTE y PORVENIR, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. Aduce que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 68 a 70 archivo 01 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01¹³

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLEMENTINA DEL PILAR GONZÁLEZ PULIDO al régimen de ahorro individual administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA, y el posterior traslado a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01¹⁴

vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, Certificaciones laborales (fls. 38 a 42 archivo 01 del expediente digital), extracto de pensión obligatoria (fls. 44 a 49 archivo 01 del expediente digital), historia laboral emanada de la AFP Colfondos (fls. 50 a 58 archivo 01 del expediente digital), documento de identificación de la accionante (folio 59 archivo 01 del expediente digital), simulación pensional RPM (fls. 60 a 66 archivo 01 del expediente digital), derecho de petición elevado ante Colpensiones (fls. 67 a 70 archivo 01 del expediente digital), comunicación emitida ante la AFP Colfondos (fls. 71 a 73 archivo 01 del expediente digital), formulario de afiliación a Colfondos (fl. 226 archivo 05 del expediente digital), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 227 archivo 05 del expediente digital), comunicados de prensa (fls. 228 a 230 archivo 05 del expediente digital), formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (fl. 340 y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01¹⁵

345 archivo 06 del expediente digital), comunicación expedida por la AFP Colfondos (fls. 342 a 344 archivo 06 del expediente digital), historia laboral emitida por la AFP Protección (fls. 346 a 348 del expediente digital), constancia de traslado de aportes emanado de Protección S.A. (fls. 351 a 360 archivo 06 del expediente digital), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Carpeta CC-51682865 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo 12 del expediente digital).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01¹⁶

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01¹⁷

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

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

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

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

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

«Así, en el asunto bajo escrutinio, brilla por su ausencia, los deberes y obligaciones que la jurisprudencia ha trazado en aquellos casos de traslado entre regímenes, entre los cuales se destaca: (i) la información que comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional; (ii) el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01 18

(iii) una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

Así mismo, el Máximo Órgano de cierre en materia laboral, en providencia de 8 de mayo, también del 2019, bajo radicado 68838,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01¹⁹

con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, a extenso, reafirma la posición, al advertir que:

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²⁰

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²¹

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²²

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²³

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²⁴

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²⁵

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²⁶

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²⁷

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²⁸

antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01²⁹

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

02202000265 01³⁰

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al Régimen de Prima Media a través de la Caja de Previsión Social del Municipio de Tenjo desde el 29 de septiembre de 1986 hasta el 30 de noviembre de 1987 y desde el 1º de junio de 1992 hasta el 30 de diciembre de 1994 (fl. 39 archivo 01 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 16 de junio de 1994 (fl. 340 archivo 06 del expediente digital); finalmente, se vinculó a la AFP Colfondos S.A. el 1º de diciembre de 2004 (fl. 226 archivo 05 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la historia laboral obrante a folios 51 a 56 archivo 01 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01³¹

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colmena hoy Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 340 archivo 06 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que *«(...) en ese momento entró en vigencia la Ley 100 y estuve, pues yo en ese momento estaba de alcaldesa de Tenjo, y llegaron unas personas del fondo Colmena y pues pidieron una cita conmigo, yo pues las atendí y me dijeron que se había acabado de expedir, pues que había entrado en vigencia la Ley 100 y que teníamos que pues que definir qué íbamos a hacer con nuestras pensiones porque supuestamente la Ley 100 había ordenado la liquidación de las cajas de previsión y que todas estas cajas, todas estas personas deberían tomar una decisión (...) Pero, entonces, en ese momento el tema era que el fondo público que era el Seguro Social, se suponía que toda la gente de las cajas se iban para el Seguro Social, pero entonces nos decían las personas que llegaron allá de Colmena que el Seguro Social se iba a acabar y que lo más seguro para poder mantener la tranquilidad respecto a nuestros ahorros por ese concepto, por concepto de pensiones, era mejor entrar en un fondo y que los fondos estaban supremamente preparados y todo para recibir a toda la gente, y que tenía uno unas ventajas importantes, y a mí la verdad me pareció pues que si no iban a*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01³²

haber cajas, si no iba a haber pues una opción buena para uno pensionarse bien y era pues adecuada, pues me pareció que era muy oportuno afiliarme ahí (...) a mí me dijeron usted se puede pensionar muy bien y se puede pensionar antes, y va, digamos, usted siendo alcaldesa puede tener una tarjeta promisorio inclusive y puede llegar a pensionarse muy bien. (...) Yo les creí, pues la información que me dieron yo pienso en este momento que fue parcializada porque fue solamente a favor de lo positivo del fondo, pero nunca me dijeron lo negativo ni las implicaciones que tenía al cambiarme de régimen ni nada de esas cosas (...)» (Archivo 12 del expediente digital).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01³³

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó la sentenciadora de primer grado, contrario a lo afirmado por Colpensiones, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró a la demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, lo cual no se sana por el simple paso del tiempo o por los distintos traslados efectuados por la convocante a otras administradoras de fondos de pensiones como así lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la vinculación realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

Lo anterior, porque a pesar que la actora se encontraba vinculada a la Caja de Previsión Social del Municipio de Tenjo Cundinamarca a la fecha de su traslado al RAIS, lo cierto es que existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a la mentada entidad por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 34 del Decreto 692 de 1994, al estatuir como único administrador del régimen solidario de prima media con prestación definida al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones, pues las cajas, fondos o entidades de previsión social existentes al 31 de marzo de 1994 tienen esa función mientras subsistan, de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

02202000265 01³⁴

conformidad con la normatividad *ejusdem*, circunstancia que no ocurre con la Caja de Previsión de Tenjo, en tanto que al constatar el certificado laboral allegado a folio 39 archivo 01 del expediente digital, se advierte que el tiempo cotizado por la accionante a dicha entidad pública se encuentra a cargo del Municipio de Tenjo, lo que denota que sobre la citada se dispuso su liquidación.

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues la afiliada se traslada con todo su capital, incluidos los gastos de administración, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó.

Finalmente, y como quiera que no se dispuso ninguna orden a cargo de Colpensiones, se procederá a adicionar la decisión aquí estudiada, en el sentido de ordenarle a la citada que, una vez le sean transferidos los valores ordenados a la AFP Colfondos, reciba a la demandante teniendo como semanas efectivamente cotizadas, todas aquellas, en el período de ausencia que, por el acto ineficaz, logró cotizar.

COSTAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

02202000265 01³⁵

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 13 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **CONDENAR a COLPENSIONES**, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, que una vez le sean transferidos los valores ordenados a la **AFP COLFONDOS S.A.**, proceda a recibir a **CLEMENTINA DEL PILAR GONZÁLEZ PULIDO**, teniendo como semanas efectivamente cotizadas por la accionante, todas aquellas que, en el período de ausencia por el acto ineficaz, logró cotizar, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia aquí estudiada.

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



02202000265 01³⁶

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



02202000265 01³⁷

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CESAR IVÁN APONTE GARZÓN** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01²

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Linda Vannesa Barreto Santa María** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.013.637.319 de Bogotá v tarjeta profesional 280.300 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 **CESAR IVÁN APONTE GARZÓN** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., por no cumplir con su deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas como si nunca se hubiese surtido el traslado al RAIS, sin incluir los gastos de administración y la comisión del seguro previsional cobrados



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³

durante la vigencia de la afiliación; ordenar a Colpensiones a aceptar su traslado al RPM; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho (fls. 4 a 5 y 240 a 241 reforma demanda archivo 01 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 a 7 y 241 a 242 archivo 01 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 16 de julio de 1958; que se afilió al otrora ISS el 1º de agosto de 1996, empero el 13 de julio de 1994 se trasladó del ISS al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., motivado por las recomendaciones del ejecutivo de cuenta, sin que mediara una debida asesoría, y estando convencido que ello no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional. Sostiene que antes de cumplir los 52 años no se le informó sobre la posibilidad que tenía de retornar al RPM, por manera que quedó inmerso en la prohibición legal estatuida en la Ley 797 de 2003. Que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, por manera que solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, lo cual le fue resuelto en sentido desfavorable. Añade que también solicitó ante Colpensiones su afiliación ante dicha entidad, misma que fue le fue negada por faltarle menos de 10 años para completar la edad mínima de pensión. Concluye indicando que no existió por parte de la AFP Porvenir S.A. una adecuada asesoría al momento del traslado ni antes que cumpliera los 52 años, pues no se le ofreció información sobre los alcances negativos que le generaban el traslado de régimen pensional.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01⁴

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de la cual emane que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP Porvenir S.A. o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Sostiene que no se evidencia en las solicitudes del actor nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de su parte, y por el contrario, las documentales arrimadas al proceso se encuentran ajustadas a derecho, pues dan cuenta de una decisión libre y voluntaria, que no se encuentra precedida de observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, afirma que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 112 a 135 y 301 a 326 archivo 01 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01⁵

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones formuladas en su contra al considerar en esencia que, orientó al demandante en debida forma al momento de la afiliación, suministrándole para ello una información clara, oportuna, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS y su diferenciación con el RPM. Añade que la afiliación del convocante tiene plena validez, toda vez que no se configuró un vicio en el consentimiento, al suscribir el formulario de afiliación de manera autónoma, con conocimiento real sobre el acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor. Sostiene que el demandante no reúne los requisitos para el traslado de régimen, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y la jurisprudencia constitucional para el efecto. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 175 a 187 archivo 01 del expediente digital).

Mediante auto del 25 de febrero de 2020, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la reforma de la demanda por parte de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (fl. 334 archivo 01 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01⁶

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el actor al RAIS a partir del 13 de julio de 1994; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado, junto con todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos debidamente indexados a título de actualización monetaria; **ordenar** a Colpensiones a recibir al actor sin solución de continuidad desde su afiliación inicial al ISS en 1992; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y, **condenar** en costas a Porvenir. (Archivo 08 del expediente digital).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01⁷

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, de acuerdo a lo manifestado por el actor en el interrogatorio de parte y a las documentales allegadas al proceso, este hizo su traslado de manera libre, voluntaria y sin presiones, amén que no se avizora ningún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo; además, debe considerarse que no todo error repercute en la eficacia de los actos jurídicos, sino solo aquel que se convierte en el móvil que determina la voluntad. Aduce que no se encuentra probado que se indujera a otro tipo de acto por la presunta omisión del asesor de la AFP PORVENIR, acotando que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento de acuerdo con el artículo 1509 del Código Civil. Refiere que no se configura lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que falte alguno de los requisitos que la ley prescriba para el valor del mismo, como lo es el consentimiento y en todo caso conforme al artículo 1750 *ejusdem*, el plazo para solicitar la rescisión de un contrato, es de 4 años, por manera que si el demandante realizó su traslado de régimen en el año 1994, tenía hasta el año de 1998 para hacer uso de dicho retracto. Aduce que el convocante nació en el año 1958 y presentó reclamación administrativa ante Colpensiones en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01⁸

año 2018, de suerte que se encuentra dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 13 de la Ley 100 del año 1993, y en virtud del cual el afiliado no puede realizar cambio de régimen pensional cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Señala que conforme a la sentencia SL413 de 2018, debe existir una correspondencia entre la voluntad y la acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de permanecer en el régimen pensional, situación que en el presente asunto se observa, teniendo en cuenta que el demandante realizó el traslado de régimen pensional hace aproximadamente 26 años, mostrando así su interés de permanecer en el RAIS, a través de la AFP PORVENIR. Resalta que el demandante no atendió sus deberes como afiliado, al no evidenciar interés por investigar más a fondo los beneficios y las desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, como así lo refirió expresamente en su interrogatorio de parte. Manifiesta que la AFP convocada no estaba llamada a realizar proyecciones pensionales, pues para la época al accionante le faltaban más de 20 años para consolidar su derecho pensional, a más que el deber de información ha tenido diferentes etapas, siendo cumplida esa obligación por Porvenir conforme a los lineamientos vigentes en el año 1994. Aduce que este tipo de procesos están generando consecuencias para Colpensiones, pese a que no participó en el negocio jurídico que celebraron la AFP y el demandante, al punto que se ha visto comprometida la sostenibilidad financiera del RPM, como quiera que el traslado, que para el caso ocurrió en 1994,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01⁹

genera una situación caótica que desvertebra la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que ya venían aportando al régimen, máxime que el actor ha efectuado sus aportes en una cuenta de ahorro individual, siendo evidente que no ha contribuido en la financiación de los pensionados de Colpensiones. Sostiene que si bien la historia laboral del accionante da cuenta de una afiliación en el año 1992, lo cierto es que dicha documental también refiere cero semanas de cotización, pues los primeros aportes se efectuaron en 1996, y estos a su vez, se trasladaron a la AFP Porvenir por ser la sociedad a la que se encuentra afiliado actualmente el convocante, circunstancia que corrobora la afectación del RPM, en tanto el señor Aponte Garzón no contribuyó en él, a lo menos con 50 semanas de cotización.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no se valoró por el Juzgado de Conocimiento que el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen pensional se materializó con la suscripción por parte del actor del formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, amén que en este expresó que realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones la selección del RAIS, conforme a lo exigido por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de suerte que ello no se trató de una simple declaración vacía dentro del formulario de afiliación, sino del cumplimiento de un requerimiento legal que fue suscrito por la parte demandante, quien se presume una persona capaz para obligarse.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01¹⁰

Agrega que resulta imposible cumplir la carga impuesta por el Juzgado, quien pretendía que se allegara el testimonio de la asesoría comercial dada al convocante a la época de su traslado, cuando ello tuvo lugar hace más de 26 años; tampoco resulta posible allegar los documentos que den fe de la capacitación brindada al asesor comercial, cuando la ley no hacía exigencias de tal envergadura para la época. Acota que en el hipotético caso de considerarse que la voluntad del afiliado se encuentra viciada y que la información que le fue brindada resulta insuficiente, no debe dejarse de lado que siempre se le garantizó el derecho al retracto. Refiere que la declaratoria de ineficacia de traslado desconoce el principio de autonomía privada de la voluntad con que contaba el actor, definida en sentencia C-341 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses de los que son titulares, y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres. Indica que carece de visos de prosperidad la condena impuesta a título de gastos de administración, toda vez que conforme a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3% de la cotización para financiar los mismos y es por ello que no hacen parte de la pensión y están sujetos al fenómeno de la prescripción. Suma a ello que, la devolución de los gastos de administración implica entender que el negocio jurídico de traslado nunca ocurrió y por tanto, no es posible transferir a Colpensiones los rendimientos financieros generados. Concluye indicando que uno de los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C. en materia de nulidad, es que la parte que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01¹¹

recibió los frutos está obligada a restituirlos, so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa.

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: Solicita confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto después de surtidas las etapas procesales de primera instancia, la parte demandada no logró demostrar de manera fehaciente e inequívoca que al momento del acto jurídico del traslado inicial de régimen pensional, le brindó una asesoría pensional completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios y/o presiones que pudieran haberle otorgado en su momento las herramientas necesarias para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria, respecto a su futuro pensional, pues por el contrario y, sin necesidad de soportar la carga de la prueba, la parte actica sí logró demostrar un perjuicio grave derivado del incumplimiento del *“deber de información, asesoría y buen consejo y doble asesoría”* por parte de los fondos privados de pensiones demandados, tanto al momento en que se ejecutaron los trámites para el traslado de régimen de pensión inicial, como todo el tiempo, soportado por la falta de asesoría desde el momento que se materializó la vinculación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01¹²

al RAIS hasta la fecha límite que tenía para trasladarse de regreso al Régimen de Prima Media.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, refiere que CESAR IVÁN APONTE GARZÓN firmó formulario de afiliación trasladándose el 13 de julio de 1994 a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR, de acuerdo a la documental allegada en el expediente, por lo cual se infiere y de acuerdo a lo manifestado por el demandante, dicha voluntad de traslado la realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando la misma de plena validez; igualmente ni en la documental aportada ni en el interrogatorio practicado en la presente diligencia se logró probar la ineficacia del traslado o nulidad por falta de información. Agrega que no se pudo avizorar ningún vicio del consentimiento, tal como el error la fuerza o el dolo, por lo cual debe determinarse con claridad si al momento de afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida se le indujo en error para que suscribiera los documentos necesarios para el traslado del régimen al que venía afiliado, teniendo en cuenta que no todo error repercute en la eficacia de los actos jurídicos, sino solo aquel que se convierta en el móvil determinante de la voluntad. Señala que de acuerdo al artículo 1750 del Código Civil el plazo para pedir la rescisión es de 4 años los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y si el traslado del régimen se hizo en el año 1994 según se desprende de los documentos acompañados



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01¹³

con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes del año 1998, por lo cual tampoco se observa el uso de dicho retracto

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 51 archivo 01 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01¹⁴

CESAR IVÁN APONTE GARZÓN al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01 ¹⁵

conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 35 archivo 01 del expediente digital), historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 36 a 39 archivo 01 del expediente digital), formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fls. 40 y 188 archivo 01 del expediente digital), historia laboral válida para bono pensional (fls. 41 a 42 y 231 a 233 archivo 01 del expediente digital), historia laboral emanada de la AFP Porvenir (fls. 43 a 48, 62 a 75, 192 a 230 archivo 01 y fls. 1 a 5 archivo 06 del expediente digital), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 49 a 57 y 234 a 236 archivo 01 del expediente digital), simulación pensional (fls. 58 a 61 archivo 01 del expediente digital), estimación mesada pensional y hoja de vida actuario (fls. 76 a 91 archivo 01 del expediente digital), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 190 archivo 01 del expediente digital), certificado de afiliación allegado por la AFP Porvenir (folio 191 archivo 01 del expediente digital), comunicados de prensa (fls. 237 a 239 archivo 01 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por el demandante (archivo 08 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01¹⁶

artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

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

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

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01¹⁷

46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01¹⁸

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01¹⁹

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01²⁰

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01²¹

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01²²

reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

En concordancia con lo anterior, el Decreto 2241 de 2010, incorporado al Decreto 2555 del mismo año en el artículo 2.6.10.1.1 y siguientes, estableció



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01²³

en su artículo 2.° los siguientes desarrollos de los principios de la Ley 1328 de 2009:

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01²⁴

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01²⁵

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01²⁶

reglamentación existente sobre el particular y las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01²⁷

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01²⁸

*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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01²⁹

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01³⁰

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que, contrario a lo referido por Colpensiones, el demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de julio de 1992 hasta el 31 de julio de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y la historia laboral para bono pensional (fls. 36 a 41 archivo 01 del expediente digital), para luego trasladarse



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³¹

a la AFP Porvenir S.A. el 13 de julio de 1994 (fl. 40 archivo 01 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación obrante a folio 191 del archivo 01 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 40 archivo 01 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que «(...) *Inicié mi vida laboral en el Depósito San Cayetano eso fue como en el año 92 en junio y dos años después en 1994 nos citaron a una reunión en el que iba a venir un funcionario de Porvenir, y nos reunimos y nos dieron una información pues al grupo sobre, en ese momento el funcionario que vino nos dijo que se creaba un fondo privado, por medio de la Ley 100 del 93 si no estoy mal se creaba el fondo de Porvenir, que esto pues era un fondo que*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³²

tenía todo el respaldo del grupo aval, y el grupo aval estaba conformado por el Banco de Bogotá, el Banco de Occidente, creo que el Banco Popular. Por ser un fondo privado uno pues iba a tener muchas garantías, entre ellas pues que las liquidaciones de las pensiones cuando fuera su momento iban a ser mucho más altas, lo que no ocurría en el Seguro Social; y que el Seguro Social tenía graves problemas, estaba próximo a liquidarse y que pues había el riesgo que nos quedáramos sin la pensión no. Nos dio toda esta información y nos suministró un formulario para la afiliación, eso fue más o menos lo que pasó en su momento. (...) no me interesé mucho por averiguar qué pasaba, sin embargo, el rumor de los problemas del Seguro Social y eran voz populi, yo creí que había hecho una buena decisión. En la información que nos dieron pues nos decían que esto iba a ser mejor que el Seguro Social, que no iba a tener digamos un impacto negativo en la mesada ni mucho menos, y así transcurrió el tiempo, en vista de que o con la seguridad que yo tenía de que había tomado una buena decisión, pasó el tiempo y ya por allá en el año 2018 y ya cuando compañeros, amigos pues empezaron a tener problema con el seguro, entonces fue cuando me di cuenta pues que sí había problema en el tema de las pensiones con ellos y pues que ya uno no se podía devolver pues al fondo privado no. Más o menos eso fue lo que pasó, pero pues realmente nunca se recibió, pues nunca recibí un estudio individual, comparativo de un fondo con el otro, de qué iba a pasar con la mesada a futuro, nunca recibí ese comparativo entre los dos regímenes realmente». (Archivo 08 del expediente digital).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³³

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

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

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros no hacen parte de la pensión, también se descuentan en el RPM y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201800733 01³⁴

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

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

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

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

(...)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³⁵

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³⁶

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

DE LA PRESCRIPCIÓN

La entidad convocada Colpensiones insiste en el medio exceptivo de la prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad. Agregando que las normas que gobiernan el asunto atañen a las civiles.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³⁷

los derechos pensionales del reclamante. Resta señalar que, al no consolidarse el derecho al riesgo de vejez, no puede predicarse prescripción.

Dimanado en la no declaratoria del medio exceptivo.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de junio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **CESAR IVÁN APONTE GARZÓN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201800733 01³⁸

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



07201800733 01³⁹

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900108 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GUSTAVO GAMALIEL FERNÁNDEZ NIÑO** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900108 01 2

AUTO

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Linda Vannesa Barreto Santa María** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.013.637.319 de Bogotá v tarjeta profesional 280.300 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 **GUSTAVO GAMALIEL FERNÁNDEZ NIÑO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., por no cumplir con su deber de ofrecer la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente; en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a Colpensiones a tenerlo entre sus afiliados dentro del RPM, como si nunca se hubiere trasladado, en virtud del regreso automático; se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita*, costas procesales y agencias en derecho (fl. 5).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 3

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 3 y 4 de las diligencias, que en síntesis indican que nació el 15 de abril de 1962; que el 21 de noviembre de 1997 se trasladó de Cajanal a la AFP Porvenir, afiliación que presenta inconsistencia dado que el respectivo formulario no registra la firma del empleador, conforme lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Refiere que, al llevar a cabo el mentado traslado, el asesor comercial no le brindó la información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, y en especial, no se le hizo un estudio de su situación particular, sino que se le ilustró únicamente sobre los beneficios que podría obtener al cambiarse de régimen. Añade que después de haberse efectuado una simulación pensional, se presenta una diferencia en la mesada que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, por manera que solicitó ante Colpensiones la anulación de su afiliación al RAIS, petición que a la fecha no le ha sido resuelta.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, dentro del expediente no obra prueba alguna de la cual emane que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Sostiene que no se evidencia en las solicitudes del actor nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de su parte, y por el contrario, las documentales



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 4

arrimadas al proceso se encuentran ajustadas a derecho, pues dan cuenta de una decisión libre y voluntaria, que no se encuentra precedida de observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; igualmente, afirma que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 39 a 59).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones formuladas al considerar en esencia que, el traslado del demandante se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como con las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, aunado a que no se allega dentro del plenario prueba sumaria que conduzca a lo deprecado por la parte actora, acotando que para la prosperidad de las pretensiones se debe demostrar que efectivamente la AFP omitió su deber de información para lograr la vinculación de la persona interesada, lo cual no ocurre en el *sub examine*, dado que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración del RAIS. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 5

inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 84 a 96).

Por su parte, la **PROCURADURÍA DELEGADA PARA ASUNTOS CIVILES Y LABORALES**, indicó que el Juzgado deberá, a través de la valoración de las pruebas practicadas, establecer si al 30 de junio de 1995, el actor era beneficiario del régimen de transición y si el asesor de Porvenir cumplió con el deber de información, como así lo establece el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia. **Excepciones:** Propuso el medio exceptivo denominado inexistencia de la obligación. (fls. 78 a 80).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 30 de noviembre de 2020, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el actor al RAIS a través de la AFP Porvenir el 21 de noviembre de 1997; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado, junto con todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos debidamente indexados; **ordenar** a Colpensiones a recibir al actor sin solución de continuidad desde su



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 6

afiliación inicial a Cajanal; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y, **condenar** en costas a Porvenir. (Archivo 15 del expediente digital).

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, en el proceso no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento, conforme a lo establecido en el artículo 1740 del C.C., pues no se acreditó la concurrencia del error, la fuerza y el dolo. Indica que, en el presente caso, concurre el error sobre un punto de derecho que no cuenta con la fuerza legal para restarle eficacia jurídica al acto celebrado, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que afecta la validez del mismo. Aduce que la posición de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 7

la Corte de radicar la responsabilidad en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, en interpretación al artículo 1604 del C.C., representa una responsabilidad de tipo objetivo, como quiera que no se exige al afiliado allegar un soporte que demuestre un vicio en el consentimiento, lo cual atenta contra la imposición de cargas lógicas, máxime que conforme al Decreto 2241 de 2010, relativo a la protección del consumidor financiero, se establecen unas obligaciones en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, relacionadas con informarse adecuadamente, lo cual encuentra respaldo en la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá del 30 de julio de 2020 dentro del proceso 2018 445, pues en ella se indicó que a los afiliados les asisten deberes frente a la escogencia de régimen pensional, por manera que después de observar el actor que su pensión no atiende sus expectativas económicas, no puede perseguir que su vinculación se deje sin efectos, debiéndose someter a las condiciones que adoptó cuando suscribió el formulario de afiliación. Refiere que en las sentencias C-1024 de 2004, SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, la Corte Constitucional, en desarrollo del principio de sostenibilidad financiera del sistema, manifestó que nadie puede ser subsidiado por el RPM a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados, de suerte que acceder a las pretensiones de la demanda, conlleva la afectación de tal principio, y, por ende, pone en peligro los derechos fundamentales de las personas vinculadas al RPM.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 8

primera instancia, al considerar en síntesis que, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, establece de manera clara y precisa que cualquier persona natural o jurídica que hubiere incurrido en actos atentatorios del derecho a la libre elección del afiliado, se hará acreedor de una multa administrativa impuesta por parte del Ministerio del Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto; pese a ello, para definir las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas propias del sistema general de pensiones -artículo 271 de la Ley 100 de 1993-, sin consideración a que esta disposición, indica en forma expresa que será ineficaz un traslado cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, pero para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, sin tener en cuenta igualmente los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato. Indica que el formulario de afiliación suscrito por el demandante, es un documento público que se presume auténtico, que contiene las declaraciones establecidas en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la elección del régimen se efectúa de manera libre, voluntaria y sin presiones, además, tal documental no fue desconocida ni tachada de falsa, por manera que no es procedente restarle valor probatorio.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 9

Aduce que contrario a lo dispuesto en la ley sobre la carga de la prueba, allegó todos los documentos que tenía en su poder para demostrar que el actor ha estado vinculado a la AFP producto de una decisión libre e informada, lo cual se acredita no solo con el formulario de afiliación, sino con la conducta del afiliado quien perteneció a la administradora, permitiendo hacerle descuentos sobre su cuenta de ahorro individual, como una evidencia clara de su intención de pertenecer al RAIS. Sostiene que no esta llamada a asumir cargas distintas a las previstas en las leyes vigentes a la falta de afiliación del demandante, pues de lo contrario, se generaría una violación a su derecho al debido proceso y al principio de confianza legítima, máxime que el afiliado es una persona jurídicamente capaz y el acto de traslado versa sobre objeto y causa lícitas.

Aduce que si la consecuencia de la ineficacia del traslado consiste en que vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se producirían los siguientes efectos: que el contrato de afiliación no existió, Porvenir no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo la cuenta no se causaron y por ende, tampoco existió un cobro por gastos de administración, empero, a la luz del artículo 1746 del C.C. que regula las restituciones mutuas, no puede desconocerse que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, producto de la buena gestión de la sociedad administradora, por manera que esta tiene derecho a conservar la comisión, por cuanto reportó rendimientos al patrimonio del convocante. Señala que la devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 10

al recibir unos valores que están encaminados a remunerar la gestión de la AFP y porque los mismos no tienen por objeto financiar la pensión del demandante, circunstancia que a su vez evidencia que sobre estos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción conforme a los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS.

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: Refiere que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 21 de noviembre de 1997 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta del demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se deben retrotraer las cosas a su estado anterior y ordenar a Colpensiones a tenerla como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca me hubiera trasladado, en virtud del regreso automático.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que en este



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 11

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

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, refiere que el firmó formulario de afiliación



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 12

trasladándose el 21 de noviembre de 1997 a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR, de acuerdo a la documental allegada en el expediente, por lo cual se infiere y de acuerdo a lo manifestado por el demandante, dicha voluntad de traslado la realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando la misma de plena validez; igualmente ni en la documental aportada ni en el interrogatorio practicado en la presente diligencia se logró probar la ineficacia del traslado o nulidad por falta de información. Agrega que no se pudo avizorar ningún vicio del consentimiento, tal como el error la fuerza o el dolo, por lo cual debe determinarse con claridad si al momento de afiliación del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Prestación Definida se le indujo en error para que suscribiera los documentos necesarios para el traslado del régimen al que venía afiliado, teniendo en cuenta que no todo error repercute en la eficacia de los actos jurídicos, sino solo aquel que se convierta en el móvil determinante de la voluntad. Señala que de acuerdo al artículo 1750 del Código Civil el plazo para pedir la rescisión es de 4 años los cuales se contarán, en el caso de error o de dolo desde el día de la celebración del acto o contrato y si el traslado del régimen se hizo en el año 1997 según se desprende de los documentos acompañados con la demanda, la nulidad debió haberse pedido antes del año 2001, por lo cual tampoco se observa el uso de dicho retracto

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

07201900108 01 13

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folio 11 de las diligencias.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por GUSTAVO GAMALIEL FERNÁNDEZ NIÑO al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., antes HORIZONTE junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 14

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 9), formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fls. 10 y 98), derecho de petición elevado ante Colpensiones (fl. 11), certificados de información laboral, formato 1 (fls. 12 a 13), historia laboral emanada de la AFP Porvenir (fls. 14 a 19 y 102 a 108), simulación pensional (fls.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 15

25 a 31), declaraciones extra juicio (fl. 32 a 33), expediente administrativo (Cd. a folio 60), certificación de afiliación emanada de la AFP Porvenir (fl. 97) historia laboral válida para bono pensional (fls. 41 a 42 y 231 a 233 archivo 01 del expediente digital), historial de vinculaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 99), comunicados de prensa (fls. 109 a 110), e interrogatorios de parte rendidos por el demandante y la representante legal de la AFP Porvenir S.A. (Archivo 15 del expediente digital).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 16

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

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

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

A juicio de esta Sala **no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria** cuando las personas **desconocen sobre la incidencia que**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900108 01 17

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 18

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 19

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 20

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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 21

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 22

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 23

atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 24

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 25

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 26

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 27

*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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 28

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900108 01 29

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó a la Caja de Previsión Social del Departamento de Boyacá desde el 23 de septiembre de 1985 hasta el 5 de septiembre de 1994 (fl. 12); posteriormente, fue afiliado a Cajanal desde el 6 de septiembre de 1994 hasta el 29 de mayo de 1997 (fl. 13), para luego trasladarse a la AFP



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

07201900108 01 30

Horizonte hoy Porvenir S.A. el 21 de noviembre de 1997 (fl. 10); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación obrante a folio 97; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Horizonte hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 10).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que cuando prestaba sus servicios a favor de Caminos Vecinales recibió distintas visitas de asesores de las AFP, quienes recomendaban la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, ante la inminente liquidación de las cajas de previsión social y del otrora ISS. Que una vez terminó su vínculo laboral y estando en calidad de trabajador independiente, procuró su afiliación al ISS, sin embargo, ello no fue posible por cuanto en dicha entidad le indicaron que no estaban recibiendo afiliados. Que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 31

por tal motivo, optó por acercarse a la AFP Horizonte, en donde el asesor que le atendió le ratificó que en dicha administradora podría pensionarse con el 110% del salario devengado y de manera anticipada, al igual que las cajas y el ISS serían liquidados, por tanto, procedió a suscribir el formulario de afiliación. Agregó que no efectuó cotizaciones por un lapso de 10 años porque así se lo recomendó el asesor; que al cabo de ese tiempo se acercó a la sociedad demandada para solicitar el traslado al ISS, no obstante, le refirieron que ello no era posible porque solo contaba con 8 meses de cotizaciones, cuando requería un total de 5 años. Finalmente, dijo que reinició sus cotizaciones al Sistema por el término que se le había indicado, y que hacia el año 2012, regresó a Porvenir para solicitar nuevamente su traslado al RPM, sin embargo, se le informó que ello no era posible porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. (Archivo 15 del expediente digital).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 32

para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico, lo cual conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones .

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

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 33

previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros no hacen parte de la pensión y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

07201900108 01 34

entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 30 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **GUSTAVO GAMALIEL FERNÁNDEZ NIÑO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



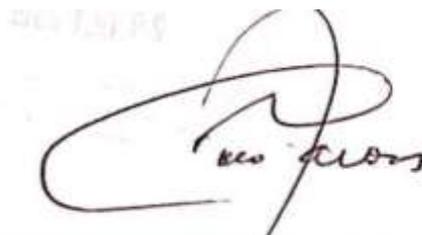
República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

Si bien se fijó fecha y hora para 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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



07201900108 01 37

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **CARLOS ALBERTO CRUZ MEZA** contra el **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 veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

SENTENCIA

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

DEMANDA: El señor CARLOS ALBERTO CRUZ MEZA solicita se reconozca y pague la pensión de jubilación a partir del 2 de noviembre de 2011, con el promedio del salario devengado; que se actualice el monto de la mesada pensional inicial; que se incremente la pensión de jubilación a partir del 1 de enero de 2012, conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1988; que se condene a la demandada a pagar las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 5 a 7 del Archivo 01 del expediente digital y que en síntesis advierten, que ingresó a laborar al Banco Popular el 1 de marzo de 1979 en calidad de trabajador oficial; que el vínculo laboral feneció el 18 de septiembre de 2016; que nació el 2 de noviembre de 1956; que cumplió 20 años de servicios el 1 de marzo de 1999; que el cargo desempeñado fue el de cajero principal; que el salario devengado era de \$2.176.710; que le fueron liquidadas las cesantías definitivas con un salario base de \$3.428.949,⁰¹; que durante el último año de servicios devengo primas de diferente especie, antigüedad, semestrales, legales y extralegales que constituyen factores salariales; que presentó ante la entidad solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de jubilación el 24 de octubre de 2018 y esta fue resuelta en forma desfavorable el 1 de noviembre de la misma calenda.

CONTESTACIÓN: El **BANCO POPULAR**, al contestar el escrito demandatorio, sentó su oposición a reconocer y pagar la pensión de jubilación reclamada por el demandante, al considerar que, a la fecha de transformación del Banco, el demandante no había cumplido los 20 años de servicio como trabajador oficial y Colpensiones le debió haber reconocido la pensión de vejez de acuerdo a los aportes realizados por la entidad y en caso de ordenarse el reconocimiento prestacional, esta se debe reconocer en forma compartida con el banco. Como medios



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

exceptivos propuso las de, inexistencia de la obligación, falta de los requisitos de la Ley 33 de 1985, cobro de lo no debido, falta de causa en la forma de la pensión pretendida en la demanda, prescripción, subrogación del riesgo de vejez por parte del ICSS, hoy Colpensiones, inexistencia de la obligación, cumplimiento de las obligaciones pensionales por parte del Banco Popular y declaratoria de otras excepciones (fl. 85 del Archivo 01. cuaderno Principal).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 9 de junio de 2021, resolvió; **absolver** al banco de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante; **declaró** probados los medios exceptivos propuestos; **condeno** en costas al demandante y fijo las agencias en \$600.000; **ordeno** la consulta de la sentencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Revisado el expediente esto es la historia laboral proferida por Colpensiones, aportada por esta entidad folio 79 a 85, y la copia de resolución SUV 75299 del 27 de Marzo de 2019, que se remitió al juzgado y se tuvo como prueba, se tiene que el demandante al 1 de abril de 1994, contaba con 774 semanas cotizadas, esto es un total de 14.84 años y sólo contaban con 37 años de edad, teniendo en cuenta todo el tiempo laborado con el banco popular desde el inicio de su relación laboral en 1979 y algunas semanas que cotizó con la empresa privada con anterioridad a vincularse en el banco popular y con 37 años de edad como quiera que nació el 11 de noviembre de 1956 tal como se corrobora con la fotocopia de la cédula de ciudadanía que obra a folio 13 del cuaderno principal, por lo tanto al señor demandante no le es aplicable la norma anterior a la ley 100 de 1993, como lo solicita en su demanda, es decir la ley 33 de 1985...”

RECURSO DE APELACIÓN:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpone recurso de apelación contra la sentencia proferida, con el fin de que esta sea revocada, al considerar que, al reclamarse el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a la luz de lo dispuesto en la Ley 33 de 1985 y no se tuvo en cuenta que el actor ostentó la calidad de trabajador oficial hasta el finiquito contractual; que la privatización de la entidad en el año 1996 no alteró la calidad de trabajador oficial del demandante y por ello, este cumplió los 20 años de servicio en el año 1999.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

El apoderado del **Banco Popular**, solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, al considerar que el demandante no tiene derecho a la pensión reclamada, al no acreditar el tiempo de servicios antes de la privatización del banco; que el actor no ostenta la calidad de trabajador oficial; que el ente afilió al demandante y por ello, no tiene derecho al reconocimiento pensional

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Conforme a los pedimentos demandatorios, las manifestaciones de la parte pasiva en la contestación del *libelo* y las inconformidades planteadas en el recurso de alzada por las partes, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales y de conformidad con el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver en la Litis, el establecer si el señor Carlos Alberto Cruz Meza tiene derecho a la pensión de jubilación establecida en la ley 33 de 1985, por ser trabajador oficial, liquidada con el salario promedio devengado en el último año de servicios, junto con los auxilios a que tenga derecho en calidad de pensionado.

RELACION LABORAL Y SUS EXTREMOS

No es tema de controversia la relación laboral que existió entre las partes, conforme se infiere de la copia de la liquidación definitiva de empleados (folio 19 del expediente digital) de donde se evidencia que el señor Carlos Alberto Cruz Meza prestó sus servicios al BANCO POPULAR S.A. desde el 1° de marzo de 1979 hasta el 18 de septiembre de 2016, para un total de 37 años, 6 meses y 17 días, desempeñando como último cargo el de analista operativo, con un sueldo básico mensual de \$2.176.710.

NATURALEZA JURIDICA DEL BANCO POPULAR

Al respecto se tiene, que el Banco Popular se constituyó en el año de 1950 bajo el nombre de Banco Popular de Bogotá, prestando sus servicios inicialmente en esta ciudad. Posteriormente, extendió sus operaciones al resto del país, al ser cambiada su naturaleza a entidad estatal, para luego en el año de 1969, transformarse en sociedad de economía mixta.



Después, en el año 1996 el Gobierno Nacional ofreció en venta su participación dentro del Banco Popular y como consecuencia de ello a través de la Escritura Pública 5901 del 4 de diciembre de 1996, dicha entidad pasó a ser sociedad anónima a partir del 21 de noviembre de la misma anualidad, lo que tradujo en una adquisición del 80% de sus acciones por parte de la sociedad Popular Investments S.A., perteneciente al Grupo Luis Carlos Sarmiento Angulo Ltda. y el restante de la participación accionaria quedó en cabeza de la República de Colombia (13%) y en accionistas de diversa naturaleza (7%).

Lo anterior significa que, al 20 de noviembre de 1996, la demandada era una entidad pública, siendo sus empleados hasta esa fecha trabajadores oficiales, para luego a partir del 21 de noviembre de la misma anualidad pasar a ser una empresa privada y por ende sus empleados, trabajadores particulares.

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE JUBILACION

En primer término, deberá indicar esta Sala de Decisión que, la privatización del ente accionado en nada afecta el derecho a la jubilación que en el régimen especial reconoce la Ley 33 de 1985, siempre y cuando el tiempo servido como factor de consolidación del derecho lo hubiese cumplido bajo la calidad de trabajador oficial; pese a no ser obstáculo alguno la naturaleza jurídica de la entidad, siempre debiéndose que el ex trabajador al momento de regir la Ley 100 de 1993, (1° de abril de 1994), el demandante debe estar dentro del régimen de transición reglado en el art. 36 de la citada ley, como en forma por demás reiterada lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, entre otras por sentencias del 13 de septiembre de 2000 (Rad. 13153), 17 de enero de 2001 (Rad. 14740), 31 de mayo de 2001 (Rad. 15654), 27 de julio de 2001 (Rad.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

15696), 28 de agosto de 2001 (Rad. 15836), 20 de marzo de 2002 (Rad. 17053), 23 de mayo de 2002 (Rad. 17.388), 6 de junio de 2002 (Rad. 17449), 16 de marzo de 2005 (Rad. 23386), 8 de julio de 2004 (Rad. 22623) y 12 de mayo de 2005 (Rad. 23118).

“Aunado a ello, el hecho que la demandante hubiese estado afiliada al sistema de prima media con prestación definida administrado por el I.S.S., por los riesgos del I.V.M., en nada afecta su derecho adquirido, por cuanto antes del 1° de abril de 1994, este sistema no era obligatorio para el sector oficial, y por consagrar la Ley 33 de 1985 requisitos más benévolos para la adquisición del status de pensionado (art. 53 de la Constitución Política de Colombia).

Aspecto igualmente decantado por la Jurisprudencia de la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otros pronunciamientos precisó:

(...) “De lo anterior se infiere sin duda que el sentenciador incurrió en la infracción legal que se le atribuye, pues se rebeló contra los art. 27 del Dec. 3135 de 1968 y 68 del Dec. 1848 de 1969 que prevén la pensión de jubilación del empleador, para el trabajador oficial con 20 años de servicios y 55 de edad”.

“En consecuencia, la previsión legal en tal sentido, y las consideraciones respecto a que la subrogación del riesgo de vejez por el ISS no dejó sin efecto aquella regulación del régimen oficial, evidencian que al empleador correspondía el pago de la pensión de jubilación y de ahí que no podía el sentenciador concluir que tal asunción de la pensión de vejez llevaba la inferir el carácter voluntario del derecho pensional reconocido por la Cidral” (Ver entre otras sentencias, Rad. 23118 del 12 de mayo de 2005, M.P. FRANCISCO JAVIER RICUARTE GÓMEZ).” En ese mismo sentido, respecto del hecho de la afiliación y cotización al I.S.S por parte del Banco Popular, señala que la misma no hace que su obligación pensional se entienda subrogada con aquél instituto, por cuanto:

(...) “...mal podría el Instituto de Seguros Sociales, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, pagar pensiones a trabajadores oficiales a una edad distinta a la contemplada en sus propios reglamentos (art. 8° Decreto 1650 de 1.977). Sólo a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1.993, es ello posible respecto de quienes estén amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma. En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1.985, afiliados al I.S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1° de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1.969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social” (ver sentencias de casación laboral 29 de jul./98; reiterada en sentencia de noviembre 10 de 1.998, y sentencia 1336/julio 6 de 2000).”



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Basta igualmente recordar, que la Jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado en asuntos similares al presente, y donde se debate igualmente el derecho a la pensión en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993 y la Ley 33 de 1.985, que el cambio de composición de acciones de la sociedad no tiene porque afectar a sus trabajadores, en cuanto a que han logrado consolidar derechos en su calidad de trabajadores oficiales, y parte siempre del respeto a los derechos que el régimen de transición reservó a los trabajadores oficiales de pensionarse con los requisitos de edad, tiempo de servicios y monto que traían con anterioridad, por lo que no resulta concebible en el caso particular de la demandante, que la demandada discuta que el derecho de aquella ha desaparecido por el simple e infundado hecho de haber solicitado el derecho y cumplido la edad mínima cuando aquella había dejado de ser una entidad bancaria del sector público; siendo que aquél hecho no logra involucrar derechos que lograron consolidar bajo la anterior naturaleza jurídica del empleador; de tal suerte, al considerarse que la aquí demandante durante toda su vida laboral, por más de veinte años con el Banco demandado, ostentó la calidad de trabajador oficial, que sucedió con antelación a la época de la privatización del Banco resulta indudable, que el régimen que gobierna el derecho a la pensión de jubilación de aquella, no es otro distinto al del sector público, pues como lo ha considerado constantemente la Jurisprudencia laboral que gira en torno a este tipo de asuntos, “... esa condición de trabajador oficial que ostentó este servidor público hasta el momento mismo de su retiro de la entidad, no es susceptible de modificación por posteriores cambios en cuanto a la naturaleza jurídica de la institución ...” (sentencia de Casación, 6 Julio de 2000); reiteración de la posición ya sentada en sentencia de noviembre 10 de 1.998, donde la Corte en caso similar al planteado expuso que “... si el demandante durante su prestación de servicios tuvo la condición de trabajador oficial, no es posible desconocerle ese carácter so pretexto que para la fecha en que cumplió los 55 años, enero 6 de 1.993, el banco demandado estaba sometido al derecho privado y, por ende, es un trabajador particular, lo que es inadmisibles ya que sería más que ilógico que si en el lapso que estuvo vinculado nunca tuvo tal condición, la adquiriera casi 7 años después de que dejó de laborar”.

En consecuencia, es claro que el demandante tendrá derecho a percibir la pensión de jubilación a cargo del Banco demandado y conforme a lo reglado por la Ley 33 de 1985, sí ha sido beneficiario del régimen de transición.

REGIMEN DE TRANSICIÓN

A folio 23 del plenario, obra copia del registro civil de nacimiento del demandante, donde se evidencia que nació el 2 de noviembre de 1956, acreditando al 1° de abril de 1994, 37 años de edad, respecto a las semanas de cotización, tenemos que el actor estuvo afiliado al extinto



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Instituto de Seguros Sociales a partir del 15 de diciembre de 1975, luego entonces, al 1 de abril de 1994, contaba con 761,98 semanas.

De acuerdo a las premisas enunciadas, tenemos que el demandante, no es beneficiario del régimen de transición, establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el cual establece para acceder al mismo, acreditar 35 años o más la mujer y 40 años o más el hombre o 15 años de servicio al 1° de abril de 1994.

Colofón de o anterior, la decisión adoptada por el *A Quo* se encuentra ajustada a derecho y en tal sentido se confirmará la misma.

COSTAS:

Se condenará en costas al demandante, dadas las resultas del recurso de alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública celebrada el 9 de junio de 2021, dentro del proceso seguido por el señor **CARLOS ALBERTO CRUZ MEZA** contra **BANCO POPULAR S.A.**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO: COSTAS En esta segunda instancia se impone costas a cargo del demandante, dadas las resultas del proceso.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', written over a horizontal line.

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written over a horizontal line.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de CARLOS ALBERTO CRUZ MESA y a favor del BANCO POPULAR, en la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$200.000)

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO, FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ y NICOLAS BARRERA NIÑO** contra **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO, FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ y NICOLAS BARRERA NIÑO solicitan se declare que el señor Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) al momento de su deceso tenía acreditados los presupuestos pensionales contemplados en la Ley 100 de 1993 para acceder a la garantía de pensión mínima de vejez; que Flor Esmeralda Niño en calidad de compañera permanente y madre del menor Nicolás Barrera Niño tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que Andrés Felipe Barrera Niño en calidad de hijo mayor de edad de la pareja tiene derecho a la pensión de sobrevivientes de su padre.

Como consecuencia de las declaraciones, solicita se condene a PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia a favor de Flor Esmeralda Niño Mendez; que se reconozca la pensión a favor de Nicolás Barrera Niño en calidad de hijo del de cujus, mientras cumpla su mayoría de edad y hasta cuando acredite los estudios de Ley; que Andrés Felipe Barrera Niño tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión hasta el 10 de octubre de 2022 o hasta que acredite la calidad de estudiante; que se ordene el pago de las mesadas ordinarias y adicionales causadas y dejadas de percibir desde el 13 de enero de 2015, fecha del fallecimiento del afiliado; que se condene a pagar los reajustes anuales a favor de los demandantes; que se deben pagar los intereses moratorios causados conforme a lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; a pagar las costas y agencias en derecho y derechos conforme a las facultades ultra y extra petita.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 28 a 30 de las diligencias, que en síntesis advierten, que el señor Saul Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) nació el 13 de julio de 1962; que el 1 de enero de 1997 inició su unión marital de hecho con la señora Flor Esmeralda Niño Méndez, compartiendo techo, lecho y mesa; que de la unión de la pareja nacieron dos hijos; Nicolás Barrera Niño, quien nació el 27 de noviembre de 2012 y Andrés Felipe Barrera Niño quien nació el 10 de octubre de 1997; que Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) falleció el 13 de enero de 2015, como consecuencia de un accidente de tránsito; que a la fecha del deceso el deceso tenía 52 años de edad; Saúl Barrera estuvo afiliado a Protección y a la fecha del deceso contaba con 1.161,⁵⁷ semanas; que se inició el proceso de unión marital de hecho ante el Juzgado 6 de Familia de Bogotá; que el 1 de abril de 2016 se profirió sentencia en la que se declaró la existencia de la unión marital de hecho; que el 29 de marzo de 2017 fue presentada la reclamación ante Protección S.A.; que el 27 de junio de 2017 fue negada la solicitud; que los demandantes no perciben ninguna pensión.

CONTESTACIÓN: La demandada, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, el señor Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) no cumplió con los presupuestos contemplados en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, pues a la fecha de su deceso contaba tan solo con 52 años. Como **excepciones** propuso las de inexistencia de obligación por ausencia de causa de Protección S.A. en el reconocimiento pensional; improcedencia de los intereses moratorios; buena fe; prescripción (fl. 169).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Noveno (9) Laboral del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 3 de marzo de 2021, resolvió; **absolver** a Protección S.A., de todas las pretensiones incoadas por los demandantes; **declaró** probada la excepción de inexistencia de la obligación; **condenó** en costas a la parte demandante; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...lo cierto es que el artículo 33 de la misma preceptiva para la época del deceso que ocurrió el 13 de enero del 2015 se requería una densidad de 1.300 semanas para acceder a la prestación de vejez y como ya se indicó Saúl Barrera Cifuentes efectuó cotizaciones por un total de 1.161.57 semanas de las cuales solo 0.05 fueron efectuadas o cotizada dentro de los 3 últimos años antes al momento del fallecimiento, de manera que al no encontrarse reunidos los requisitos mínimos exigidos por la norma para acceder a la prestación solicitada no hay lugar a imponer condena en contra de la demandada, por ello se absolverá a Protección de la pensión de sobreviviente solicitada, así como las mesadas pensionales retroactivas, reajustes anuales, intereses moratorios e indexación; excepciones, por lo expuesto se declara probada la excepción de inexistencia de la obligación, el despacho se declara relevado del estudio de los demás medios propuestos por la pasiva en su contestación....”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado del **demandante**, interpuso recurso de apelación al considerar que el *de cujus* cotizó más de 1.150 semanas, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, ya que el objetivo de la norma no era dejar desprotegido al cotizante cuando no se contara con los requisitos para acceder a la edad para pensionarse; que se deben tener en cuenta las semanas cotizadas y exigidas en el Régimen de Prima Media a favor del señor Saúl; que no se prohíbe la habilitación de la edad para la garantía de pensión mínima, que el trabajador fallecido cotizó 23 años y su núcleo familiar quede desprotegido al no cotizar durante los últimos 3 años.

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

PROBLEMA JURIDICO

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S, es del resorte de esta Corporación proceder a resolver, si los demandantes Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Méndez y Nicolás Barrera Niño son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes con ocasión a la muerte del señor Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.).

PENSION DE SOBREVIVIENTES

Con miras a resolver la Litis planteada la 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., entre las cuales se tiene las siguientes: copia de la cédula de ciudadanía del señor Saúl Barrera Cifuentes (fl. 2, 74); Registro civil de defunción (fl. 3, 68); copia de la cédula de ciudadanía de Flor Esmeralda Niño Méndez (fl. 4, 75); registro civil de nacimiento de Nicolás Barrera Niño (fl. 5, 71, 79); copia de la cédula de ciudadanía de Andrés Felipe Barrera Niño (fl. 6, 69, 72, 73); certificado de estudio expedido por la Fundación los Libertadores (fl. 7, 109); Copia del fallo emitido en el proceso de unión marital de hecho adelantado en el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá (fl. 8, 61); acuso de recibido de solicitud de pensión (fl. 14, 55); respuesta a la solicitud de pensión de sobreviviente (fl. 17, 129); copia de la investigación de la causal de fallecimiento adelantado por Protección S.A. (fl. 54); copia de registro civil de nacimiento de Andrés Felipe Barrera Niño (fl. 76); declaración con fines extraprocesales (fl. 81, 88); información de los solicitantes (fl. 82); declaración para acreditar derechos a pensión de sobrevivencia pensión obligatoria (fl. 85); autorización para adelantar



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

trámites ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda (fl. 103); historia laboral en otras AFP (fl. 104); certificado de estudio expedido por el Instituto Renato Descartes (fl. 108); certificado de Protección (fl. 110); copia de historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 114); Bono pensional emitido por el ministerio de Hacienda (fl. 117); verificación historia laboral afiliado bono pensional (fl. 124, 128); hoja de ruta bonos pensionales carpeta afiliado (fl. 125); constancia de depósito a Deceval S.A. (fl. 126); certificado laboral del empleador – bono tipo A (fl. 127); historia laboral expedida por Protección (fl. 138).

Por otra parte, fue recepcionada prueba testimonial solicitada por la parte actora y frente a la que no existe reparo alguno en la apelación.

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado, 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 el posible beneficiario de la prestación deben cumplir separadamente dos clases de requisitos, a saber, al *de cujus* 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 junto con el tiempo de convivencia exigido por la norma regente en tratándose de la cónyuge y/o compañera permanente, o la dependencia económica cuando se refiere a progenitores e hijos discapacitados; 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 13 de enero de 2015, como da cuenta el Registro Civil de Defunción obrante a folio 3, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en los artículos 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 (...)

(...) PARÁGRAFO 1°. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este párrafo será el 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez....»

Es así, que corresponde a esta Sala de Decisión verificar, que el *de cujus* hubiese cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de causación, es decir, por el lapso comprendido entre el 13 de enero de 2015 hacia atrás.

Dicho lo anterior, se tiene que a folios 140 a 144 de las diligencias reposa historia laboral emitida por Protección S.A., de la que se extrae que para el interregno comprendido entre el 13 de enero de 2015 al 13 de enero de 2012, el causante no realizó cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, hecho que encuentra concordancia con lo certificado por Protección S.A., en la documental vista a folios 138 de las diligencias, lo que en principio llevaría a establecer que en el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

presente asunto no se cumplió con lo señalado en la norma que regula la materia.

Pese a lo anterior, no pasa inadvertido esta Colegiatura lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en cuanto al reconocimiento pensional si se hubieren “cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento...”, en este aspecto la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, ha dejado sentado de vieja data, que se requiere que el ex trabajador, hubiere cotizado la densidad de semanas necesarias y requeridas para obtener el derecho a la pensión de vejez, como se ha indicado en sentencia SL 5091 del 21 de octubre de 2020, M. P., Doctor, Fernando Castillo Cadena, al indicar;

“...En cuanto al párrafo 1° de la norma anotada, se evidencia que el causante en toda su vida contaba con 1.010 semanas de cotización, insuficientes para el año 2013 ya que para ese momento el mínimo requerido era de 1250 semanas.

No sobra señalar que el de cuius no era beneficiario del régimen de transición, toda vez que al 1o de abril de 1994, no tenía 40 o más años de edad, o 15 o más años de servicios o cotizaciones a dicha data. Además, al encontrarse afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, por disposición legal, no aplica tal beneficio de transición (CSJ SL2551-2019)...”

En el sub examine tenemos que el señor, Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.), falleció el 13 de enero de 2015 y a dicha data contaba con 1.153,86 semanas, sin embargo, para el año 2015, se requería haber cotizado un total de 1300 semanas de cotización.

Así las cosas, del haz probatorio allegado, no se encuentran acreditada la densidad de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, a pesar de contar con un número considerable de cotizaciones y en tal sentido, tampoco es viable el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en aplicación a dicha preceptiva legal.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

DE LA CONDICIÓN BENEFICIOSA

Ahora bien, si en gracia de discusión se hiciera estudio de la condición beneficiosa con el fin de establecer el derecho pensional, esta Colegiatura, considera oportuno resaltar que ha sido analizado y modulado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias bajo radicado 32642 de 6 de diciembre de 2008 y, en sentencia No. 38674 del 25 de junio de 2012, con ponencia del H. M. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, al enseñar:

*«Como atrás quedó explicado, para poder aplicar el principio de la condición más beneficiosa de acuerdo con el criterio jurisprudencial que se está fijando, es necesario que **el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente precedente en las hipótesis que se han señalado**, para este caso en particular el **artículo 39 de la Ley 100 de 1993**, que es la disposición que fue modificada o remplazada por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, no siendo en consecuencia cualquier otra norma anterior. En sentencia del 9 de diciembre de 2008 radicado 32642, al respecto se especificó que “no es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, **sino la que regía inmediatamente antes de adquirir plena eficacia y validez el precepto aplicable** conforme a las reglas generales del derecho» (Resalta la Sala).*

Acogiendo lo analizado por la Alta Corporación y seguido en forma precedente, corresponde aplicar el régimen inmediatamente anterior a la Ley 797 de 2003 que lo es el literal a) y b) del numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 el cual dispone que al momento del fallecimiento, el *de cujus*, debió acreditar aportes de por lo menos 26 semanas o, el mismo número de semanas para el año inmediatamente anterior a su deceso.

Al verificar entonces, si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993 sin la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, es claro para esta Corporación que el causante



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

tampoco cumplió con dicha exigencia, pues en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, no cotizó al sistema de seguridad social, 26 semanas, tal como se evidencia en la historia laboral allegada por Protección S.A. y enunciada en forma precedente.

Consecuencia de los razonamientos expuestos, se confirmará en estos aspectos la sentencia objeto de reproche.

PENSIÓN DE VEJEZ EN EL RAIS

Reprocha la parte demandante el no reconocimiento de la pensión de vejez, al considerar que el *de cujus*, contaba con los requisitos legales para ser beneficiario de dicha prestación, conforme a lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Previo a iniciar con el estudio de la prestación pensional rogada por la activa, necesario se tornar argüir que el sistema de seguridad social en pensiones, en los términos estipulados bajo las actuales normas que rigen la materia, establecieron sendos estipendios a fin de lograr una cobertura para todos los ciudadanos, que, en la prestación de sus servicios personales, persiguen un resguardo para su vejez, la invalidez o su muerte.

Con ocasión a ello, y en la medida que antes de la promulgación de Ley 100 de 1993 en Colombia se encontraban implantados y vigentes más de cinco normas que preveían requisitos para adquirir un derecho que menguara los riesgos anunciados, mismos que variaban dependiendo las calidades del trabajador, las actividades desplegadas por este o por la simple naturaleza de la empresa, bien de carácter privado o público, ante muchas más cualificaciones; se establecía la edad de adquisición, las semanas o tiempo de servicios, la modalidad liquidatoria y la tasa de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

reemplazo.

Fue entonces lo precedente, el motivo esencial para que el legislador impetrara dos sistemas pensionales, nominados régimen de ahorro individual y el ya regulado desde la Ley 90 de 1946, esto es, el régimen de prima media con prestación definida. Así, en cumplimiento de dicha disyuntiva, los trabajadores dependientes e independientes se encontraban facultados para seleccionar alguno de los mencionados, conduciendo a que sus prestaciones pensionales fueran cobijadas por las disposiciones que gobiernan cada sistema.

Bajo tal elegida, se evidencia que Saúl Barrera Cifuentes (q.e.p.d.) inicialmente se encontró vinculado al ISS, sin embargo, este se trasladó al régimen de ahorro individual en 1996 (fl. 111 Certificado SIAFP).

Descendiendo a la resolución del *sub examine*, pasa la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se advierte el acceso a la prestación por el riesgo de vejez, en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993, que a la letra enseña:

«ARTÍCULO 64. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tendrán derecho a una pensión de vejez, a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual les permita obtener una pensión mensual, superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de expedición de esta Ley, reajustado anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE. Para el cálculo de dicho monto se tendrá en cuenta el valor del bono pensional, cuando a éste <sic> hubiere lugar. ...»

De la normativa traída a colación se tiene que, para acceder a la pensión de vejez en el RAIS se requiere un monto de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual equivalente al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, teniendo en cuenta para ello, tablas de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

mortalidad, la existencia de beneficiarios del afiliado y expectativa de vida, en cada caso concreto.

PENSIÓN DE GARANTÍA MÍNIMA

El artículo 65 establece que el reconocimiento de la pensión mínima, se reconoce a *“Los afiliados que a los 62 años de edad si son hombres y 57 si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos 1.150 semanas, tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les compete la parte que haga falta para obtener dicha pensión....”*.

Debe recordar la Sala que, la pensión de garantía mínima fue estatuida para los ciudadanos (hombres y mujeres) que a pesar de haber cotizado al sistema de seguridad social en pensiones – RAIS – y alcanzado la edad para acceder a la pensión, no pudieren gozar de dicha prestación, al no contar con el capital suficiente para su reconocimiento.

Luego entonces, la garantía de pensión mínima se estatuye como un subsidio, con el fin de satisfacer un derecho prestacional (pensión),

Al no contarse con el capital necesario para la pensión, los afiliados a los fondos privados, pero hubieren acreditado un total de 1150 semanas de cotización al RAIS, la Nación completará los recursos a efectos de acceder a una pensión de vejez con el salario mínimo legal mensual vigente, dando de esta manera cumplimiento al principio de solidaridad, del cual debe ser garante la Nación, tal y como lo ha expuesto la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia SL2686 del 23 de junio de 2021, cuando exteriorizó que;

*“...En palabras del artículo 65 del estatuto de la seguridad social, para el reconocimiento de la garantía se debe acreditar el cumplimiento de: i) la edad, ii) **las semanas mínimas de aportes**, y iii) la insuficiencia del capital para*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

financiar con la CAI la pensión de vejez. No sobra señalar que de conformidad con el artículo 9º del Decreto 832 de 1996, la determinación de este saldo, deberá ser efectuado por la administradora con sujeción a los cálculos que mediante resolución establezca el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que, con sustento en el decreto antes referido, claramente incluye la cuantía del bono pensional...” (Resaltado de la Sala).

De la norma transcrita y antecedente jurisprudencial, se tiene que el requisito *sine qua non*, para ser beneficiario de la pensión mínima de vejez, en primer término, es llegar a la edad para ser beneficiario de pensión de vejez (62 años en caso del señor Saúl Barrera Cifuentes), en segundo lugar, tener cotizado 1150 semanas de cotización y en tercer lugar, que, no se cumpla con el monto requerido para obtener el reconocimiento pensional, para que el Gobierno Nacional en aplicación al principio de solidaridad aporte el dinero faltante para que el afiliado obtenga la pensión de vejez.

Como se ha precisado en forma precedente, el señor Barrera falleció cuando tan solo contaba con 52 años de edad, sin embargo, en este punto, la H. Corte Suprema de Justicia, también ha indicado, en forma reiterada, que por el hecho insuperable de la muerte se habilita la edad del afiliado, entre otras en la sentencia SL3210 del 24 de febrero de 2016, con ponencia de la Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo y sentencia SL2920 del 1 de marzo de 2017, con ponencia del Doctor, Jorge Mauricio Burgos Ruíz.

Luego entonces, a pesar de que el actor, no alcanzó a cumplir la edad requerida para ser beneficiario de la pensión de vejez, lo cierto es que alcanzó a cotizar más de 1150 semanas para obtener derecho a la pensión de garantía mínima, que pudo haber reclamado, cuando hubiese cumplido los 62 años, sin embargo, ante la muerte, ello no fue posible.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Así las cosas, se reconocerá la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes, a partir del 13 de enero de 2021, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, por 13 mesadas anuales, conforme a lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2015.

DE LA CONVIVENCIA ENTRE FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ Y SAÚL BARRERA CIFUENTES

En lo que respecta a la convivencia de la señora Flor Esmeralda Niño Mendez (q.e.p.d.), con el causante, se tiene que, con sentencia del 1 de abril de 2016, el Juzgado Sexto de Familia de Bogotá, declaró la unión marital de hecho de la pareja entre el 1 de enero de 1997 hasta el 13 de enero de 2015, cuando acaeció el fallecimiento del afiliado; situación que se corrobora con la declaración de los testigos citados por la parte actora, que en su oportunidad señalaron lo siguiente;

María Cecilia Espejo y Patricia Espejo Romero, fueron coincidentes al indicar que conocían a la demandante hace más de 30 años, ya que la pareja vivió en la casa de la deponente; que una vez quedó embarazada la señora Esmeralda de su primer hijo, se fue a vivir con el señor Barrera Cifuentes (q.e.p.d.); que hablaban y se visitaban en forma frecuente; que la pareja vivía en Fontibón con sus dos hijos; que el *de cujus* trabajaba con un taxi y con ello aportaba para los gastos de su hogar.

De acuerdo a la prueba documental y testimonial, se puede corroborar que, los señores Esmeralda Niño y Saúl Barrera, mantuvieron una relación de pareja, por un interregno de tiempo superior a los 17 años. Aunado a lo anterior, con oficio del 27 de junio de 2017, Protección Pensiones y Cesantías S.A., reconoció como la calidad de compañera permanente de la demandante (fl. 17).

En este aspecto, se da claridad a esta Sala de decisión en forma feha -



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

ciente de la convivencia entre la enunciada pareja, en comunidad de vida, por espacio superior al requerido legalmente, y en sentido similar se ha pronunciado nuestra H. Corte Justicia en reiterada jurisprudencia, entre estas últimas, la SL1707 del 2021, Magistrado Ponente, Doctor, Jorge Luis Quiroz Alemán;

“...Así, entonces, no se discute que la mencionada señora acreditó esa convivencia, en cualquier tiempo, con el difunto José Iván de Jesús Agudelo Álvarez (q.e.p.d), de modo que tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 1° de noviembre de 2014, fecha de defunción del pensionado (f.° 10, cdno. ppal.), en cuantía del 100% del valor que devengaba este en vida.

Lo anterior, por cuanto se comprueba con el registro civil de matrimonio (f.° 10 del cuaderno acumulado) que los referidos cónyuges contrajeron nupcias el 26 de abril de 1968, sin que exista disolución de la sociedad conyugal, fecha desde la cual se inició la convivencia, la que se mantuvo hasta 1985, es decir, por espacio de 17 años aproximadamente. Ello es así, pues se evidencia en el interrogatorio de parte absuelto por María Rubiela Patiño Arango, quien, sin embargo, calculó su convivencia por 14 años, aun cuando insistió en que la separación se produjo en 1985, en conjunto con lo dicho por el testigo Humberto Agudelo Sierra, cuñado del causante, el que aseguró que la convivencia pudo alcanzar los 20 años, lo que permite inferir, en uno u otro caso, que los 5 años de convivencia requeridos se encuentran suficientemente acreditados, situación que, además, no fue controvertida dentro del proceso...”

Luego entonces, al encontrarse acreditado el vínculo de pareja, la demandante tiene derecho al reconocimiento pensional de su compañero permanente.

DE LA PENSIÓN A LOS HIJOS DEL SEÑOR SAÚL BARRERA CIFUENTES

En este punto, no existe divergencia o duda alguna, frente al derecho que les asiste a los hijos del *de cuius* al reconocimiento pensional, sin embargo, en este punto, se harán las siguientes precisiones;

En lo atinente a Nicolás Barrera Niño, se tiene que nació el 27 de no -



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

viembre de 2012, de acuerdo al Registro Civil de Nacimiento allegado al cartulario, luego entonces, a la presente data cuenta con ocho años de edad, luego, entonces, se reconocerá la prestación desde el 13 de enero de 2015 hasta que cumpla 18 años, y a partir de dicha data corresponderá a la AFP Protección verificar si se cumplen las condiciones legales de ausencia de autosuficiencia económica para seguir pagando la pensión hasta los 25 años, conforme a lo dispuesto en el literal “c” del artículo 47 de la Ley 100 de 1993. (fl. 5).

Ahora bien, respecto a Andrés Felipe Barrera Niño, tenemos que, el demandante nació el 10 de octubre de 1997, y para la fecha del deceso de su progenitor contaba con 17 años de edad, es decir, era menor de edad, de acuerdo a la copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 6).

Pese a que, el demandante a la fecha de emisión de la presente sentencia, cuenta con 23 años de edad, lo cierto es que, en el cartulario se acreditó que se encontraba cursando tercer semestre de Ingeniería Aeronáutica en la Fundación Universitaria Los Libertadores, sin embargo, el enunciado documento, data del 27 de noviembre de 2017 (fl. 7).

Luego entonces, esta Sala de Decisión, al tener certeza de los estudios cursados hasta diciembre de 2017, procederá a reconocer la prestación a favor del demandante, hasta dicha data, sin que ello, sea óbice para que acredite ante la AFP Protección los estudios adelantados desde el año 2018 en adelante y consecuencia de ello, le sean reconocidas las mesadas pensionales, causadas por dicho interregno de tiempo.

En caso, de no acreditarse los estudios por parte de Andrés Felipe ante la AFP, se deberá acrecer el monto de la pensión a favor de Nicolás Ba -



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

rrera Niño.

Finalmente, se deberá indicar que, una vez Nicolás Barrera Niño, cumpla la mayoría de edad, deberá la AFP verificar si cumple con los requisitos para seguir pagándose la prestación a su favor, so pena de acrecer el monto pensional a favor de la señora Flor Esmeralda Niño Mendez.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

En consideración a que, en el presente trámite se encontraron acreditados los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, se fijará como valor del retroactivo causado a favor de los demandantes, estableciéndose que las sumas a pagar por parte Protección S.A., son las siguientes;

- a. A favor de Flor Esmeralda Niño Méndez, las siguientes sumas de dinero;

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	100% Mesada 1SMMLV	Mesada asignada 50%	N°. Mesadas	Subtotal
14/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	\$ 322.175,00	12,57	\$ 4.048.665,8
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.455,00	\$ 344.727,50	13,00	\$ 4.481.457,5
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	\$ 368.858,50	13,00	\$ 4.795.160,5
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	\$ 390.621,00	13,00	\$ 5.078.073,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	\$ 414.058,00	13,00	\$ 5.382.754,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	\$ 438.901,50	13,00	\$ 5.705.719,5
01/01/21	29/10/21	1,61%	\$ 908.526,00	\$ 454.263,00	9,97	\$ 4.527.487,9
Total retroactivo						\$ 34.019.318,23

- b. A favor de Nicolás Barrera Niño

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	100% Mesada 1SMMLV	Mesada asignada 25%	N°. Mesadas	Subtotal
----------------------	--------------------	---------------------	---------------------------	----------------------------	--------------------	-----------------



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	\$ 161.087,50	12,57	\$ 2.024.332,9
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.455,00	\$ 172.363,75	13,00	\$ 2.240.728,8
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	\$ 184.429,25	13,00	\$ 2.397.580,3
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 781.242,00	\$ 195.310,50	13,00	\$ 2.539.036,5
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 828.116,00	\$ 207.029,00	13,00	\$ 2.691.377,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 877.803,00	\$ 219.450,75	13,00	\$ 2.852.859,8
01/01/21	29/10/21	1,61%	\$ 908.526,00	\$ 227.131,50	9,97	\$ 2.263.744,0
Total retroactivo						\$ 17.009.659,12

c. A favor de Andrés Felipe Barrera Niño

Tabla Retroactivo Pensional Felipe Barrera						
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	100% Mesada 1SMMLV	Mesada asignada 25%	N°. Mesadas	Subtotal
14/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 644.350,00	\$ 161.087,50	12,57	\$ 2.024.332,9
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 689.455,00	\$ 172.363,75	13,00	\$ 2.240.728,8
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 737.717,00	\$ 184.429,25	13,00	\$ 2.397.580,3
Total retroactivo						\$ 6.662.641,92

De las sumas de dinero reconocidas, deberá el ente de seguridad social realizar los descuentos atinentes al sistema de seguridad social en salud, y deberán pagarse las sumas de dinero, en forma indexada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

Así entonces, como quiera que el fallecimiento del causante acaeció el 13 de enero de 2015, que la reclamación administrativa fue elevada el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

día 29 de marzo de 2017 por la compañera permanente y sus hijos, solicitud que fuera desatada mediante oficio No. DEV SBV CC 19493877 del 27 de junio de 2017 y que la demanda fuera radicada ante la oficina judicial de reparto el 4 de junio de 2019, diáfano resulta indicar que aún no había transcurrido el término trienal exigido por la ley para que operara el fenómeno jurídico de la prescripción.

COSTAS.

Las de primera instancia se revocan y en tal sentido, se ordenará al juez de conocimiento que proceda a fijar las agencias en derecho causadas a cargo de Protección S.A. y a favor de Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Mendez Y Nicolas Barrera Niño, en calidad de demandantes.

En esta instancia se fijarán las costas estarán a cargo de la demandada y a favor de los demandantes.

En mérito a lo expuesto, la Sala de Decisión del **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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 3 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO, FLOR ESMERALDA NIÑO**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

MENDEZ y NICOLAS BARRERA NIÑO contra **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SEGUNDO. DECLARAR que **ESMERALDA NIÑO MENDEZ**, en calidad de cónyuge del señor SAÚL BARRERA CIFUENTES, tiene derecho al 50% de la pensión causada, en cuantía de \$322.175, a partir del 14 de enero de 2015, por 13 anualidades, con los reajustes de ley.

TERCERO. DECLARAR que **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO y NICOLAS BARRERA NIÑO**, en calidad de hijos del señor SAÚL BARRERA CIFUENTES, tienen derecho cada uno al 25% de la pensión causada, en cuantía de \$161.087,50, a partir del 14 de enero de 2015, por 13 anualidades, con los reajustes de ley señalados en la parte motiva de la presente providencia.

CUARTO. CONDENAR a la **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a reconocer y pagar a favor de los señores, **FLOR ESMERALDA NIÑO MENDEZ**, en calidad de compañera permanente, del señor SAÚL BARRERA CIFUENTES, la suma de **\$34.019.318,²³** por concepto de retroactivo pensional causado entre el 14 de enero de 2015 al 30 de agosto de 2021.

QUINTO. CONDENAR a la **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a reconocer y pagar a favor del menor, **NICOLAS BARRERA NIÑO**, en calidad de hijo del SAÚL BARRERA CIFUENTES, la suma de **\$17.009.659,¹²**.

SEXTO. CONDENAR a la **PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a reconocer y pagar a favor del señor, **ANDRÉS FELIPE BARRERA NIÑO**, en calidad de hijo del SAÚL BARRERA CIFUENTES, la suma de **\$6.662.641,⁹²** y respecto de las mesadas causadas desde el 1 de enero



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de 2018 y los años siguientes, deberá demostrar ante la AFP Protección su calidad de estudiante, en caso contrario su proporción acrecerá a favor de Nicolás Barrera Niño, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SÉPTIMO. DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por Protección S.A.

OCTAVO. COSTAS. Se revocan las de primera instancia y se ordena que las mismas sean tasadas a cargo de Protección S.A., y a favor de Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Méndez y Nicolás Barrera Niño. En segunda instancia se fijarán a cargo de la administradora de pensiones y a favor de los demandantes.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Protección S.A., y a favor de Andrés Felipe Barrera Niño, Flor Esmeralda Niño Méndez y Nicolás Barrera Niño, en la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/CTE (\$1.000.000), para cada una de los demandantes enunciados.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTES** CONTRA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01²

A U T O

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTES** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad o la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A., al igual que se encuentra válidamente afiliado al RPM administrado por Colpensiones; en consecuencia, condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos e intereses a que haya lugar; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en pensión, así como a actualizar en su historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01³

se condene a lo que resulta probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho, folios 61 a 62.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 62 a 63 de las diligencias, que en síntesis indican que nació el 15 de noviembre de 1957; comenzó a cotizar al Sistema de Pensiones a través de Cajanal EICE con el empleador DIAN, desde el 13 de febrero de 1991 hasta el 30 de septiembre de 1994. Que en el mes de agosto de 1994 se trasladó al RAIS a través de la AFP Colfondos, sin ser informado sobre las implicaciones de trasladarse de régimen pensional y sin ser asesorado sobre la naturaleza propia del régimen de capitalización, las ventajas o riesgos del mismo, los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional, o el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en el RAIS. Añade que, en noviembre de 2017, a través de un análisis actuarial tuvo conocimiento de las diferencias existentes en el valor de la mesada pensional que se reconocería en uno u otro régimen pensional. Afirma que el 6 de agosto de 2018 solicitó a la AFP llamada a la acción la nulidad de su afiliación al RAIS y ante Colpensiones la activación de su afiliación al RPM, sin embargo, a la fecha ninguna de las citadas ha accedido a lo pretendido.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a las pretensiones de la demanda que fueron elevadas en su contra al considerar en esencia que, el traslado efectuado por el demandante tiene plena validez, acotando que la afirmación de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01⁴

existencia de un vicio en el consentimiento debe ser probada en el transcurso del presente trámite jurisdiccional y solo hasta que sea declarado por el juez de la causa le asistiría a Colpensiones la obligación de recibir al actor y activar su afiliación sin solución de continuidad. Agrega que el convocante no se encuentra dentro del límite temporal previsto en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 para efectuar el traslado hacia alguno de los regímenes pensionales, dado que en la actualidad cuenta con 61 años de edad. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y declaratoria de otras excepciones (fls. 83 a 88).

A su turno, la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen de pensiones, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Refiere que el actor suscribió de su puño y letra el formulario de vinculación a Colfondos, sin que para ello existiera presión o coacción, pues dicha afiliación se realizó de manera informada, libre, espontánea, quedando claramente plasmado su consentimiento en señal de aceptación. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01⁵

nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y la genérica (fls. 117 a 139).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 14 de mayo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia de la vinculación del actor a la AFP Colfondos S.A. realizada el 25 de agosto de 1994, en consecuencia, se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación del demandante al RPM sin solución de continuidad; **condenar** a Colfondos S.A. a hacer entrega a Colpensiones de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo realizar la devolución de gastos y cuotas de administración indexados, con los documentos correspondientes para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos establecidos en la sentencia, para lo cual se le otorga el término de 15 contados desde la ejecutoria de la decisión; **condenar** a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01⁶

cuenta de ahorro individual del demandante provenientes de la AFP Colpensiones, revise que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en esta decisión y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en su historia laboral para efectos de pensión; **declarar** no probadas las excepciones propuestas y **condenar** en costas a Colfondos. (medio magnetofónico a folio 152).

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

CONSULTA

Surtidos los términos procesales, como quiera que las partes no formularon recurso de apelación contra la determinación de primera instancia, y al resultarle adversa a Colpensiones, el expediente fue remitido a fin que se surta el grado jurisdiccional de Consulta a su favor, de conformidad con el artículo 69 del CPL.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01⁷

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP convocada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01⁸

que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado no se evidencia su cumplimiento, pues no se constata reclamación elevada ante Colpensiones tendiente a obtener la ineficacia de traslado, por manera que el mismo se entiende agotado con la presentación de la demanda.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01⁹

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar sí, en atención a la ineficacia del traslado declarada, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones se encuentra compelida a consumir las obligaciones imputadas o si esto comporta una afectación a sus derechos.

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

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (folio 13), certificados de información laboral formatos 1, 2 y 3B (fls. 4 a 6), historia laboral emanada de la AFP Colfondos (fls. 7 a 10), extracto fondo de pensiones obligatorias (fls. 11 a 13), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 14 a 20),



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

10201800730 01¹⁰

simulación pensional y hoja de vida actuario (fls. 21 a 37), historial de vinculaciones SIAF ASOFONDOS (fls. 114 y 146), formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (fls. 115 y 147); probanzas de las cuales se colige, que el señor JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTES elevó aportes a la otrora CAJANAL desde el 13 de febrero de 1991 hasta el 30 de septiembre de 1994²; para posteriormente trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 25 de 1994 (fl. 115), fondo este último, en el cual se encuentra actualmente vinculado y realizando aportes al subsistema de seguridad social integral en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Al punto, se demuestra que la razón de la ineficacia declarada por la Juez de Conocimiento se sustentó, entre otras cosas, en la falta de demostración del cumplimiento de los deberes por parte de la AFP COLFONDOS S.A., en cuanto a suministrar la información veraz, íntegra y que atendiera la situación pensional de JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTES, manifestación que no fue objeto de recurso por la anunciada administradora; circunstancia que por demás se encuentra cimentada en lo dispuesto en el numeral 1° del art. 97 del D. 663 de 1993, artículo 23 de la Ley 795 de 2003, art. 3 literal c) de la Ley 1328 de 2009 y ha sido sostenida *in extenso* por la H. Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencias del 22 de noviembre de 2011 bajo radicado 33083, SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595

² Folio 4.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01¹¹

del 18 de octubre de 2017, SL 1452-2019 del 3 de abril de 2019 y en providencia del 8 de mayo de 2019 bajo radicado 68838, últimas dos con ponencia de la H. Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

Por manera que, ante la falta de medios de convicción que permitan constatar que previo a surtirse el traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, la administradora privada de pensiones cumplió con el inexcusable deber de brindar al afiliado información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculado, no media duda sobre la ineficacia del traslado dispuesta por el *a quo*, cuya consecuencia lógica, conduce a que la vinculación que alguna vez tuvo con el RAIS no surta algún efecto, teniendo entonces como única válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01¹²

ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

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

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 14 de mayo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JORGE LUIS GONZÁLEZ MONTES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

10201800730 01¹³

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **BETTY LUCIA MASSON LÓPEZ** 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 (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **María Alejandra Almanza Núñez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.018.456.532 de Bogotá y tarjeta profesional 273.998 del C.S. de la J., para que actúe en representación de

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

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

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

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



Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Camila Bedoya García.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **BETTY LUCÍA MANSSON LÓPEZ** a través de apoderada judicial, pretende se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, junto con el retroactivo causado desde el 24 de diciembre de 2011, la indexación, los intereses moratorios, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (folio 3).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 del diligenciamiento, que en síntesis advierten que nació el 24 de diciembre de 1956; cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida un total de 1.045 semanas desde el 13 de octubre de 1977 hasta el 30 de junio de 2003. Que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 35 años y cotizó dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión, un total de 308 semanas. Refiere que el 26 de diciembre de 2014 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, misma que fue negada por la demandada mediante Resolución GNR 110370 del 17 de abril de 2015, al considerar que no contaba con las semanas mínimas exigidas por la Ley 797 de 2003, dado que tan solo acreditaba 983.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que la actora no cumple con el lleno



de los requisitos exigidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, al no contar con 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, ni con 1000 semanas en cualquier tiempo, pues únicamente completó 983. **Excepciones:** Propuso como medios exceptivos la inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (folios 48 a 56).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 11 de mayo de 2021, resolvió **absolver** a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la actora; **declarar** probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, propuestas por la demandada y, **condenar** en costas a la demandante (CD a folio 101).

Lo anterior por considerar el *A quo* que, la parte actora al 1º de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, de suerte que en principio ostenta la calidad de beneficiaria del régimen de transición, el cual extendió a su favor hasta el 31 de diciembre de 2014, por cuanto a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, acredita más de 750 semanas de cotización, empero, pese a demostrar el cumplimiento de los 55 años de edad el 24 de diciembre de 2011, dentro de los 20 años anteriores no acredita 500 semanas de cotización, como tampoco 1000 semanas en cualquier tiempo. Acota que al incluir los períodos de enero y julio de 1991 que dan cuenta de una deuda presunta aplicada a períodos posteriores y anteriores, no permiten completar la densidad de semanas requeridas, y frente a los períodos reclamados por el empleador



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Caja Familiar Campesina, de conformidad con el contrato de trabajo obrante en las diligencias, se constata que los mismos se encuentran incluidos en la historia laboral. Concluye advirtiendo que la activa tampoco cumple con las semanas exigidas por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada, refiriendo en síntesis como motivos de disidencia que, el fallador de primera instancia al emitir su decisión, únicamente consideró como válida la historia laboral traída por Colpensiones, en la cual se refiere como semanas cotizadas el total de 987 semanas, sin embargo, en dicha documental expedida en febrero de 2019, se puede observar que la encartada no consideró 30 días de enero de 1999, y 60 días de febrero y julio de 2001, períodos en los cuales estaba vigente la relación laboral con el empleador Uniroca, existiendo una mora de tal empresa al no efectuar el aporte sobre los mismos; de suerte que al sumar dichos ciclos a las semanas certificadas por Colpensiones, se tiene un total de 1.044. Añade que la historia laboral expedida en el año 2014, también debe ser valorada por el Tribunal, pues en ella se reportan 9 meses de mora con el empleador Caja de Compensación equivalentes a 270 días adicionales, que fueron borrados de las historias laborales posteriores sin ninguna explicación, porque no se reportó ninguna novedad de retiro. Así, refiere que cumple con la densidad de semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990, acotando que es Colpensiones quien debe asumir la mora de sus empleadores, mas aun cuando elevó varias reclamaciones aportando las certificaciones laborales correspondientes.

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: Reclama este extremo procesal se revoque la decisión proferida por el Juzgado de Conocimiento, por cuanto este no valoró debidamente las pruebas documentales allegadas al proceso, en especial, la historia laboral unificada expedida por COLPENSIONES de fecha 26 de diciembre de 2014, donde se refleja en el detalle de pagos, deuda presunta, *“pago aplicado periodos posteriores ciclo 1999-01 con el empleador COMCAJA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR; así mismo figura su empleador presenta deuda no pago durante los ciclos de 1999-02; 1999-03; 1999-04; 1999-05; 1999-06; 1999-07; 1999-08 y 1999-09. Igualmente, figura con el empleador CI Uniroca S.A., 6 días cotizados durante el ciclo de enero de 2001, deuda en el ciclo de julio de 2001 y un día en el ciclo de marzo de 2002. Con Dota expertos, figura en el ciclo de junio de 2003, días reportados 10, cotizados 3.”* Refiere que aun sin tener en consideración lo períodos correspondientes al empleador Comcaja, logra acreditar un total de 1016,46 semanas, que le permiten acceder a la prestación pensional de que trata el Acuerdo 049 de 1990. Afirma que debe tenerse en cuenta la comunicación expedida por Colpensiones el 25 de octubre de 2021, relativa a la mora del empleador Caja de Compensación Campesina, allegada ante esta instancia.

Parte demandada: Aduce que una vez revisados los aplicativos de la administradora se observa que la Gerencia Nacional de Operaciones departamento a cargo de las historias laborales, mediante el BZG 2015_3268856, efectuó la respectiva corroboración en el proceso *“NO COINCIDENCIA DE NÚMERO DE SEMANAS”* definiendo que el número total de semanas cotizadas por la demandante es de 983.29, mismas que registra en la historia laboral cotizadas al sistema, sin evidenciarse mora patronal o alguna alteración que deba ser tenida en cuenta. Agrega que, la accionante cumplió los 55 años de edad el día 24 de diciembre de 2011, sin embargo, no acredita 500 semanas de cotización durante los 20 años de servicio anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 24 de



diciembre de 1991 al 24 de diciembre de 2011, toda vez que solo acredita 241 semanas y en igual forma, en todo el tiempo de servicios solo acredita 983.29 semanas, no alcanzando las mínimas de Ley (1000), entendiéndose de tal manera que no es posible reconocer la pensión de vejez de conformidad a lo solicitado.

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 GNR 110370 del 17 de abril de 2015 donde se alude la solicitud prestacional del 26 de diciembre de 2014, folio 35.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juez de Conocimiento y el recurso de alzada formulado por la parte activa, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite concretar como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el corroborar si la demandante cumple con las previsiones normativas para ser beneficiaria de la prestación pensional por vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.



PENSIÓN DE VEJEZ

Con miras a resolver la Litis planteada la Sala de Decisión analizará 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, documento de identificación de la demandante (fl. 15), historias laborales expedidas por Colpensiones (fls. 16 a 22, 25 a 30 y Cd. a folio 83), comunicación emitida por el otrora ISS (fls. 23. 24), solicitudes de vinculación al Sistema de riesgos profesionales y salud (fls. 28 a 29), solicitud de reconocimiento pensional (fls. 33 a 34), copia de la Resolución GNR 110370 del 17 de abril de 2015 y constancia de ejecutoria (fls. 35 a 38), contrato de trabajo a término fijo inferior a un año celebrado entre la demandante y la Caja de Compensación Familiar Campesina (fl. 39), prórroga de contrato individual de trabajo (fl. 40), certificación laboral emitida por el empleador Uniroca S.A. (fl. 41), solicitud de corrección de historia laboral (fl. 42) y expediente administrativo (Cds. a folios 57, 64, 75 y 81); probanzas de las cuales se colige, que BETTY LUCÍA MASSON LÓPEZ nació el 24 de diciembre de 1956, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2011 cumplió 55 años de edad (fl. 15), en igual sentido, se acredita que aportó al otrora Instituto de los Seguros Sociales como trabajadora dependiente desde el 13 de octubre de 1977 hasta el 30 de junio de 2003 (fls. 16 a 18); supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia, a más que la prueba documental que se anexó al expediente, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal.

Procede por tanto la Sala a determinar si de las pruebas allegadas se advierte por parte de la demandante el acceso a la prestación por el riesgo de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 12 dispuso:

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo».

Sobre el particular, necesario es precisar que le compete a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de construcción de la historia laboral bajo los parámetros del artículo 3 de C.P.A.C.A., a saber, en forma pronta, eficiente y transparente a fin de lograr la progresividad en los derechos pensionales; siendo necesario, que en el citado documento se refleje el comportamiento contable de lo aportado, atendiendo la retribución salarial.

Razón por la cual, las administradoras de pensiones -en un sentir reflexivo- no son simples pagadores, sino que como administradoras están en la obligación de elaborar en forma transparente y cronológica la historia laboral de sus afiliados, recaudando y vigilando celosamente lo cotizado, siendo éstas las responsables ante los afiliados de los errores derivados de inexactitudes y omisiones en los datos de la historia laboral, estando obligadas a asumir las consecuencias que de tales errores se deriven, especialmente cuando a causa de estos se malogra el reconocimiento del derecho pensional. La anterior argumentación se sopesa en pronunciamientos de las Altas Cortes sobre asientos en la historia laboral, entre estas, la sentencia rad. 05001-23-33-000-2016-00462-01(AC) de 14 de julio de 2014 del H. Consejo de Estado, Consejera ponente María Claudia Rojas Lasso, así como por la H. Corte Constitucional al ser reiterativa en señalar la obligación de las administradoras de los fondos de pensiones en lo que atañe a mantener actualizada y proteger la información de los afiliados y, por lo tanto, ser responsables de los yerros e inconsistencias en que incurran frente los datos que han de constar (T-343 de 2014).



Determinaciones jurisprudenciales que conducen a evidenciar la responsabilidad que recae sobre las administradoras de fondos en la protección de los datos pensionales, máxime, cuando la relación entre afiliado y pensionado emana de la confianza depositada por la idoneidad de la entidad ante la complejidad propia del tema pensional, que a futuro le asegure una vejez. De manera que, fluye innegable la trascendental importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la labor encomendada por ley a las Administradoras de pensiones, por ser estas las llamadas a cumplir y dar vida a la seguridad social.

Se suma a lo anterior, que la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en los casos de mora patronal, ha enseñado que la misma no puede ser trasladada al trabajador, quien no tiene en su haber procedimental los medios judiciales de defensa real de sus derechos cuando es el empleador quien incumple en las obligaciones prestacionales, pues es la entidad administradora de pensiones quien debe ejercer los cobros coactivos correspondientes para la obtención de los aportes no cancelados, de conformidad con el art. 24 de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos Reglamentarios No. 1161 y 2633 de 1994. Decisión jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vista, entre muchas, en la sentencia rad. 43023 de 2012, al señalar:

«Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro» (Subraya de la Sala)

Razones precedentes, que permiten entrever el desacierto en la decisión emitida por el Juzgado de Conocimiento sobre los ciclos de cotización correspondientes a febrero y julio de 2001, cuyo aporte eran de competencia del empleador Uniroca S.A., pues nótese que conforme a la



certificación emitida por el mismo que obra a folio 41, la relación laboral que existió con la demandante se encontraba vigente para tales períodos, a más que no hay duda de la afiliación de la activa al Subsistema de Seguridad Social en Pensiones durante tales ciclos, como se constata de la historia laboral expedida en el año 2014 obrante a folios 16 a 18, por manera que al no existir cotización de la sociedad en referencia a favor de su trabajadora, resulta clara la existencia de una mora patronal, pese a no hallarse reporte expreso en la historia en mención emanada de la entidad administradora de pensiones.

En tal contexto, al no acreditar la pasiva haber realizado el trámite de que trata el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, deben ser considerados los ciclos en referencia para el conteo de semanas cotizadas, los cuales equivalen a 60 días y a un total de 8,58 semanas adicionales a las 987,57 semanas expresamente reconocidas por Colpensiones en la historia laboral allegada en el medio magnetofónico obrante a folio 83 del diligenciamiento, para un total de **996,15** a la fecha de la última cotización, es decir, al 30 de junio de 2003.

Ahora bien, en lo que se refiere a los períodos reclamados por la activa en su alzada sobre su empleador Caja de Compensación Familiar Campesina, relativos a 30 días del mes de enero de 1999 y al interregno comprendido entre febrero y septiembre del año 2000, ha de indicar el Colegiado que si bien en la historia laboral expedida el 26 de diciembre de 2014 (fls. 16 a 18), se refiere presunta mora del mentado empleador que además fue suprimida de las historias laborales allegadas por la encartada al presente proceso (Cds. a folios 57, 64, 75, 81 y 83), lo cierto es que los referidos ciclos no pueden ser considerados por la Sala de Decisión para efectos pensionales, toda vez, que la propia demandante allegó contrato de trabajo a término fijo inferior a un año celebrado el 26 de febrero de 1998 (fl. 39), el cual se prorrogó únicamente hasta el 31 de



diciembre de símil año, tal como lo refiere la documental visible a folio 40, que a la letra indica «A partir del día 25 de noviembre de 1998 y hasta el día 31 de diciembre de 1998, prorroguese el presente contrato considerando el mismo objeto y causas que le dieron origen».

De suerte que, al no encontrarse vigente la relación laboral entre la demandante y la Caja de Compensación Familiar Campesina desde enero de 1999, mal haría la Sala en considerar como ciclos en mora los reclamados en la alzada desde tal data, pues sobre ellos es indiscutible que la pasiva no debía adelantar las gestiones de cobro frente al patronal en mención, al no constatarse prueba que permita establecer la existencia del vínculo laboral y la necesaria obligación a cargo del empleador referenciado de efectuar pago de aportes a seguridad social en pensión, para el interregno comprendido entre el mes de enero de 1999 y el mes de septiembre de 2000.

De conformidad con lo anotado en precedencia, cumple advertir que si bien la actora ostenta la calidad de beneficiaria del régimen de transición hasta el año 2014, al acreditar 37 años al 1° de abril de 1994, como emana de su cédula de ciudadanía (fl. 15) y contar con 996,15 semanas de cotización a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, conforme a la historia laboral allegada por la encartada (Cd. a folio 83), a la cual le fueron sumadas las semanas de cotización aquí reconocidas por mora de su empleador Uniroca S.A., lo cierto es que la activa no cumple con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del símil año, como quiera que dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años, es decir, entre el 24 de diciembre de 2011 y 24 de diciembre de 1991 (fl. 15), solo cuenta con **259,77** semanas de cotización y con un total de **996,15** en toda su vida laboral, siendo claro que no completó las 1000 semanas en cualquier



tiempo o las 500 dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

Finalmente, en lo que atañe a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, la actora tampoco acredita la densidad de semanas exigida en la normatividad *ejusdem*, como quiera que la para la data en que cumplió la edad mínima, esto es, el 24 de diciembre de 2011, debía contar con 1.200, las cuales evidentemente no se hallan demostradas en el *sub judice*.

Por lo que fluye diáfana la improcedencia en la súplica incoada por la parte demandante, lo que de contera implica confirmar la decisión primigenia, no sin antes advertir que sobre los nuevos argumentos expuestos en las alegaciones aludidas en esta instancia, y las nuevas pruebas documentales adosadas, la Sala no hará ningún pronunciamiento, por no se este el momento procesal para realizar tales actuaciones.

COSTAS.

Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la actora, dado el resultado de la alzada.

En mérito a lo expuesto **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL**, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por Autoridad de la Ley,



R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 11 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral promovido por **BETTY LUCIA MASSON LÓPEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Se confirma la condena que por este aspecto formuló el *a quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo de la actora, 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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DEL PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$150.000.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ÁNGELA AMPARO ORTIZ ROBLES** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01²

AUTO

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

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Johana Alexandra Duarte Herrera** identificada con cedula de ciudadanía No. 53.077.146 y tarjeta profesional 184.941 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Porvenir S.A.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **ÁNGELA AMPARO ORTIZ ROBLES** a través de apoderado judicial, pretende se declare la ineficacia de la afiliación efectuada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. en el año 1998; en consecuencia, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³

retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; condenar a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 4 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 5 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 21 de noviembre de 1967; a mediados del año 1998, se trasladó del Régimen de Prima Media a “Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías”. Indica que ha cotizado un total de 1.393 semanas entre el 2 de marzo de 1993 y el 30 de marzo de 2020. Que la AFP llamada a la acción debe acreditar que cumplió con el deber de información pertinente, veraz, oportuna y suficiente en relación con el cambio de régimen pensional. Aduce que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, conforme a las simulaciones efectuadas de manera previa a la formulación de la demanda. Que solicitó ante Colpensiones la anulación de su afiliación al RAIS, petición que fue negada por dicha entidad.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas, al considerar en esencia que, dentro del expediente obran medios de prueba documentales suficientes que conllevan a determinar que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01⁴

traslado efectuado por la accionante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información clara y precisa de los efectos jurídicos de tal acto. Agrega que no es procedente que se declare que Colpensiones deba aceptar el traslado de la demandante, ya que a la fecha cuenta con más de 55 años de edad, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el literal e), artículo 2º de la Ley 797 de 2003. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (Archivo 007 del expediente digital).

A su turno, la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones, al considerar en esencia que, el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, por cuanto la entidad brindó la información pertinente y necesaria. Agrega que, solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, las AFP adquirieron la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general, por lo que la demandante pretende imponer una carga adicional que a la fecha del traslado no estaba en cabeza de las AFP. Añade que la actora suscribió de manera libre, espontánea y completamente informada el traslado con Porvenir, toda vez que recibió asesoría verbal amplia y suficiente; y que, al no obrar prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01⁵

afiliación, la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe (Archivo 008 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 29 de julio de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación realizada por la actora al RAIS, materializado el 1º de julio de 1998, a través de la AFP Porvenir; **declarar** válidamente vinculada a la demandante al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado, y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el RAIS; **condenar** a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Porvenir y, una vez ingresen los dineros, a actualizar la información en la historia laboral de la actora; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva; **condenar** en costas a Porvenir S.A. (Archivo de audio 016 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01⁶

Lo anterior por considerar el A quo que, la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir, haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, en tanto no basta con la simple suscripción del formulario y no obra prueba alguna que demuestre que a la actora se le hayan entregado los documentos de que trata el artículo 15 del Decreto 656 de 1994; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, cumplió con el deber de información que le asistía en el año de 1998. Afirma que el *a quo* pretende pasar por alto la normatividad que se encontraba vigente para la época e imponerle el cumplimiento de unas obligaciones que no estaban consagradas en el ordenamiento jurídico, pues al momento del traslado se encontraba rigiendo el Decreto 3466 de 1982, que establecía la obligación en cabeza de las AFP de proporcionar una información veraz y suficiente, como ocurrió con la demandante; al igual que el Decreto 663 de 1993, que imponía a las AFP la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01⁷

obligación de brindar la información necesaria para garantizar la transparencia en las operaciones realizadas por los usuarios y consumidores financieros. Suma a ello que, la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 solamente exige que la afiliación al RAIS tenga lugar de manera libre y voluntaria, lo cual se evidenció en el *sub examine* de la suscripción del formulario de afiliación de la demandante, el cual cumplía con los requisitos legales establecidos por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera; además, el Decreto 656 de 1994 que regulaba las obligaciones de las administradoras, no hizo alusión al tipo de información que se debía entregar a los afiliados. Refiere que, en caso de confirmarse la ineficacia declarada por el *a quo*, debe revocarse la orden de devolución de gastos de administración, toda vez que estas sumas son descontadas conforme lo estatuido por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y fueron utilizadas para generar unos rendimientos financieros adicionales, que son verificables en las documentales obrantes en las diligencias, acotando que una decisión contraria, conlleva un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, en tanto la citada no ha tenido la administración de los recursos de la demandante desde 1998. Concluye indicando que el Juzgado de Conocimiento debió declarar probada la excepción de prescripción, toda vez que se pretende la ineficacia del acto de afiliación, el cual sí se afecta por dicho fenómeno, conforme a los términos previstos en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS, de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de seguridad jurídica y confianza legítima que le asiste a la AFP Porvenir.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01⁸

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: Refiere que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado a mediados del año 1998 con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta de la demandante, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, se deben retrotraer las cosas a su estado anterior y ordenar a Colpensiones a tenerla como afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca me hubiera trasladado, en virtud del regreso automático.

Parte demandada: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP convocada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01⁹

que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que la demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

A su turno, La apoderada de la **AFP PORVENIR** manifiesta que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01¹⁰

en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad. Resalta que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó al RAIS, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir, que no contaba con ningún limitante para retornar al RPM 3 años después de realizada la vinculación con la AFP, no obstante lo anterior, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme emana de la comunicación emitida por Colpensiones el 26 de febrero de 2020, folios 12 y 13 archivo 001 del expediente digital.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01¹¹

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ANGELA AMPARO ORTIZ ROBLES al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01¹²

consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación de la accionante (fls. 10 archivo 001 y 40 archivo 008 del expediente digital), derecho de petición elevado ante Colpensiones y su respuesta (fls. 12 a 15 archivo 001 del expediente digital), historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 17 a 21 archivo 001 del expediente digital), historia laboral emanada de la AFP Porvenir (fls. 22 a 28 archivo 001 y 24 a 38 archivo 008 del expediente digital), simulación pensional (fls. 37 a 42 archivo 001 del expediente digital), formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fls. 22 y 43 archivo 008 del expediente digital), certificado de afiliación allegado por la AFP Porvenir (fls. 23 y 44 archivo 008 del expediente digital), historia laboral para bono pensional (fls. 45 a 50 archivo 008 del expediente digital), historial de vinculaciones SIFP ASOFONDOS (fls. 51 a 53 archivo 008 del expediente digital), comunicados de prensa (fls. 54 a 56 archivo 008 del expediente digital), expediente administrativo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01¹³

allegado por Colpensiones (Carpeta 009 del expediente digital), e interrogatorio de parte rendido por la demandante (Archivo de audio 015 del expediente digital).

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01¹⁴

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01 15

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01¹⁶

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01 17

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01 18

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).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01¹⁹

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01²⁰

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

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

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

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

En cuanto a lo segundo, esto es, el deber de asesoría y buen consejo, el artículo 3º elevó a categoría de derecho del usuario el de «recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos» y «exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01²¹

de las administradoras» (art. 3). Así mismo, en el artículo 5.º, reiteró el deber de las administradoras de actuar con profesionalismo y «con la debida diligencia en la promoción y prestación del servicio, de tal forma que los consumidores reciban la atención, asesoría e información suficiente que requieran para tomar las decisiones que les corresponda de acuerdo con la normatividad aplicable».

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01²²

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.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01²³

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

12202000222 01²⁴

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01²⁵

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

12202000222 01²⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01²⁷

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

12202000222 01²⁸

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de marzo de 1993 hasta el 31 de mayo de 1998, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (Carpeta 009 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el 14 de mayo de 1998 (fl. 22 archivo 008 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación obrante a folio 23 archivo 008 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozadas, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000222 01²⁹

su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 22 archivo 008 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues esta indicó que *« (...) yo me encontraba laborando en la ciudad de Bucaramanga y ante el Boom de que se iba a acabar el Seguro Social y que todo el mundo ya estaba haciendo su traslado o su cambio de régimen, me acerqué a una oficina de Porvenir en Bucaramanga, ahí me dieron una asesoría rápida, procedí a diligenciar el formulario y obviamente a radicar el formulario para cambio de régimen (...) Las condiciones se basaron en los rumores que en ese año corrieron fuertemente que el Seguro Social se iba acabar y que era necesario que se hiciera un traslado al régimen individual, para evitar que se perdieran las semanas cotizadas y que se perdiera obviamente lo cotizado hasta ese momento, entonces en virtud de ese rumor y de esas condiciones solicite el traslado (...) en su momento sólo refirieron las ventajas y nunca me dijeron las desventajas del cambio de régimen, y pues la verdad me siento engañada al respecto (...) Las desventajas es que definitivamente mi pensión es mucho, mucho menor en el régimen privado al régimen individual de ahorro, esa es la desventaja mayor y que definitivamente no se me dio la información de cuál sería la mejor opción para mí, en qué régimen permanecer y cual sería el más adecuado en su momento (...)»*. Agregó que no realizó aportes voluntarios, que no tenía conocimiento que debía regresar al RPM antes de los 47 años y desconocía que por su fallecimiento sus herederos podían heredar el capital que reposa en su cuenta de ahorro individual (Carpeta 015 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³⁰

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³¹

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros fueron utilizados para generar unos rendimientos financieros adicionales, y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³²

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³³

DE LA PRESCRIPCIÓN

La convocada Porvenir insiste en la declaratoria del medio exceptivo nominado prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad.

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³⁴

Dimanado en la no declaratoria del medio exceptivo, como así lo dispuso el Juzgado de Conocimiento.

COSTAS.

Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la AFP Porvenir, dado el resultado de la alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 29 de julio de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANGELA AMPARO ORTIZ ROBLES** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³⁵

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000222 01³⁶

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **REMBERTO MANUEL RUBIO CONDE** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 2

AUTO

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

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **REMBERTO MANUEL RUBIO CONDE** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., al igual que la afiliación a Colpensiones se mantuvo vigente sin solución de continuidad; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración por él efectuados; condenar a Colpensiones a activar su afiliación en el RPM, así como a aceptar y recibir el traslado de los aportes, junto con los rendimientos, frutos e intereses y gastos de administración, actualizando su historia laboral; condenar a todo lo que resulte



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 3

probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (fl. 3 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 5 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 3 de julio de 1958; se afilió al otrora ISS el 1º de diciembre de 1981, realizando aportes de forma discontinua hasta el 30 de junio de 1999. Que el 31 de mayo de 1999 se trasladó al RAIS a través de Colpatria Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., motivado por lo que le manifestaron sus asesores, quienes no le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas que tendría el traslado de régimen pensional; además, no le hicieron una descripción de las características, ventajas y desventajas objetivas de afiliarse al RAIS o al RPM, como tampoco se le hizo un comparativo entre los dos regímenes pensionales, acotando que simplemente se le dijo que el entonces ISS desaparecería pronto y que la única opción era afiliarse a un fondo privado de pensiones, pues permanecer en la citada entidad implicaría la pérdida de todos sus aportes. Añade que la asesora que atendió personalmente su caso nunca le efectuó una proyección de su pensión al momento del traslado de régimen pensional, sin embargo, le aseguró que su pensión en el RAIS sería superior a la que obtendría en el RPM. Sostiene que Porvenir S.A. nunca le informó sobre el periodo de gracia de que trata la Ley 797 de 2003, así como tampoco le dijo que no podría trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión. Que se presenta una diferencia en la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen pensional, por manera que solicitó ante las



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 4

demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, peticiones que fueron negadas por ambas entidades. Añade que su salario para el año 2020, ascendió a un total de \$1.700.000.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, la parte demandante no demostró que la afiliación a Colpatria, hoy Porvenir S.A., sea nula o ineficaz, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia. Agrega que no es posible su traslado, de acuerdo con lo previsto en las sentencias C-1024 de 2004, SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Finalmente, solicita que, en caso de una eventual sentencia condenatoria, sea absuelta del pago de costas y agencias en derecho, toda vez que no fue quien incumplió con sus obligaciones legales. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (Archivo 005 del expediente digital).

A su turno, mediante auto del 10 de marzo de 2021 el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por la accionada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Archivo 006 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 5

Mediante auto proferido en audiencia celebrada el 4 de agosto de 2021, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., reconoció como sucesora procesal a la señora **MARÍA DE JESÚS OJEDA CASTILLO**, dada su calidad de cónyuge del demandante, Q.E.P.D. (Archivo 012 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 4 de agosto de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia de la afiliación realizada por el actor al RAIS a partir del 1° de julio de 1999 a través de la AFP Colpatria; **declarar** válidamente vinculado al demandante al RPM administrado por Colpensiones; **condenar** a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, frutos, intereses o rendimientos que se hubieren causado, incluyendo los costos cobrados por concepto de administración; **condenar** a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP Porvenir S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del actor al RAIS, y una vez ingresen los dineros actualizar su información en la historia laboral; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por Colpensiones; **condenar** en costas a Porvenir. (Archivo 013 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 6

Lo anterior por considerar el A quo que, la muerte del accionante no impide tramitar y resolver las pretensiones de la demanda, pues las mismas son ratificadas con el poder que otorgó su cónyuge supérstite a la abogada que lo venía representando en el proceso, a más que hasta el momento no se ha acreditado que la AFP haya realizado algún reconocimiento pensiona. De otro lado, refiere que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Colpatria, hoy Porvenir, haya cumplido con el deber legal de informar al demandante, las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, en tanto no basta con la simple suscripción del formulario; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que en el presente caso ha tenido lugar el fallecimiento del demandante, el cual configura un posible reconocimiento de una pensión de sobrevivientes que se encontraría a cargo del fondo privado, y que a la fecha, la sucesora procesal no ha reclamado. Sostiene que no se demostró la falta del deber de información, en razón a que no fue



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 7

posible llevar a cabo el interrogatorio de parte que fue solicitado como prueba, para constatar si la AFP incurrió o no en esa omisión al momento de la afiliación. Concluye afirmando que la afiliación realizada al fondo privado de pensiones se enmarcó en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual acoge los parámetros de la libertad de escogencia de régimen, a más que la vinculación perduró en el tiempo, sin que el actor en ningún momento presentara petición alguna manifestando su inconformidad, e incluso este nunca acudió a Colpensiones con el fin de solicitar información sobre un eventual derecho pensional en el RPM.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, no se valoró por el Juzgado de Conocimiento que el consentimiento informado para la libre escogencia de régimen pensional se materializó con la suscripción por parte del actor del formulario de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, amén que en este expresó que realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones la selección del RAIS, conforme a lo exigido por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, de suerte que ello no se trató de una simple declaración vacía dentro del formulario de afiliación, sino del cumplimiento de un requerimiento legal que fue suscrito por la parte demandante, quien se presume una persona capaz para obligarse, más aún cuando se le garantizó al actor el derecho al retracto, como así lo dispuso el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, así como el literal e) del artículo 13 original de la Ley 100 del 93, y la modificación introducida en el artículo 2° de la Ley 797



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 8

del año 2003. Agrega que la declaratoria de ineficacia de traslado desconoce el principio de autonomía privada de la voluntad con que contaba el actor, definida en sentencia C-341 de 2006, como el poder de las personas reconocido por el ordenamiento positivo para disponer con efecto vinculante de los intereses de los que son titulares, y por ende crear derechos y obligaciones, siempre que se respeten el orden público y las buenas costumbres. Indica que carece de visos de prosperidad la condena impuesta a título de gastos de administración, toda vez que conforme a lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM también se destina el 3% de la cotización para financiar los mismos y es por ello que no hacen parte de la pensión y están sujetos al fenómeno de la prescripción. Señala que la transferencia de tales dineros también implica un enriquecimiento ilegal a favor de Colpensiones, dado que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 establece que, en materia de traslado de régimen pensional, solo debe remitirse el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos financieros. Concluye indicando que uno de los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C. en materia de nulidad, es que la parte que recibió los frutos está obligada a restituirlos, so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa.

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

12202000362 01 9

Parte demandante: Solicita la confirmación del fallo impugnado, aduciendo para el efecto que a los fondos de pensiones les incumbe el deber de demostrar que asesoraron en debida forma al potencial afiliado, que entregaron la información suficiente, completa, detallada, clara y veraz sobre las ventajas y desventajas de afiliarse a uno u otro régimen pensional y este deber se predica respecto de todos sus afiliados o potenciales afiliados, sean o no beneficiarios del régimen de transición, tengan o no un derecho consolidado o una expectativa, o tengan o no una profesión o estudios profesionales. Refiere que las demandadas no lograron demostrar que lo asesoraron en debida forma, por lo que no cumplieron con la carga procesal que les impone el artículo 167 Código General del Proceso, sino que fue la parte actora la que demostró en el trámite judicial que fue engañado por asesores de PORVENIR, hasta que de forma reciente (hace menos de 4 años) le fueron indicadas las condiciones para pensionarse en el RAIS, condiciones que jamás le fueron referidas al momento de convencerlo para obtener su afiliación al régimen de ahorro individual.

Parte demandada: El apoderado de la **AFP PORVENIR** persigue la revocatoria de la sentencia de primera instancia aduciendo que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante. Agrega que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 10

sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto. Menciona que cumplió con la carga procesal impuesta -pese a la inversión que se hizo de la carga de la prueba, contrario a lo dispuesto legalmente al respecto-, en la medida que aportó los documentos que tenía en su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada a la sociedad producto de una decisión libre e informada, lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual es un documento que se presume auténtico, sino con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro y permitió el descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, al descorrer el traslado otorgado, indica que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP convocada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 11

los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual. Manifiesta que en ningún momento se logró observar vicio del consentimiento, ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligado ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara, y por último referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado. Refiere que el demandante recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, por ende, no se le vulneró ninguno de los derechos descritos en la parte petitoria de la demanda, *contrario sensu*, se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario con el RAIS.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 12

a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 36 a 38 archivo 001 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por REMBERTO MANUEL RUBIO CONDE (Q.E.P.D.) al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., antes COLPATRIA, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 13

resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, documento de identificación del accionante (fl. 12 archivo 001 del expediente digital), historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 13 a 16 archivo 001 del expediente digital), historia laboral consolidada emanada de la AFP Porvenir (fls. 17 a 26 archivo 001 del expediente digital), formulario de afiliación a Colpatria hoy Porvenir S.A. (fl. 27 archivo 001 del expediente digital), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 28 a 44 archivo 001 del expediente digital), certificación laboral (fl. 45 archivo 001 del expediente digital), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Carpeta 006 del expediente digital), interrogatorio de parte rendido por la cónyuge del demandante (Archivo 012 del expediente digital), registro civil de matrimonio y registro civil de defunción del demandante (fls. 5 a 6 archivo 010 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 14

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

12202000362 01 15

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

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

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

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

*Realizar dicha tarea debe partir de elementos objetivos, esto es que **la libertad Ren la toma de una decisión de esa índole, solo puede justificarse***



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 16

cuando está acompañada de la información precisa, en la que se delimiten los alcances positivos y negativos en su adopción.

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 17

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 18

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

12202000362 01 19

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

12202000362 01 20

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 21

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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 22

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 2.6.10.2.3. Asesoría e información al Consumidor Financiero. Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 23

financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

En desarrollo de ese mandato legal, la Superintendencia Financiera expidió la Circular Externa 016 de 2016, relacionada con el deber de asesoría que tienen las administradoras del Sistema General de Pensiones para que proceda el traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 24

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 25

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

12202000362 01 26

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 27

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;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 28

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de diciembre de 1981 hasta el 30 de junio de 1999, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (carpeta 006 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 31 de mayo de 1999 (fl. 27 archivo 001 del expediente digital); fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colpatria hoy Porvenir, tenía la carga probatoria en demostrar que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 29

cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 27 archivo 001 del expediente digital).

Referente al interrogatorio del actor solicitado, el mismo no fue decretado, debido a que este falleció el 10 de julio de 2021 (fl. 5 archivo 010 del expediente digital), circunstancia que no impedía que la AFP Porvenir S.A. allegara cualquier otro medio de convicción a fin de demostrar el cumplimiento de su deber de información, no obstante, la citada no desplegó ninguna actividad probatoria, pues nótese que se le tuvo por no contestada la demanda por parte del Juzgado de Conocimiento.

Ahora, aunque el *a quo* decretó la declaración de la cónyuge del actor en calidad de sucesora procesal, esta simplemente informó que ella o los herederos del causante, no han presentado ninguna reclamación pensional; además, indicó que el convocante «(...) los primeros años estuvo en Colpensiones, o sea, Seguro Social, y después pasó a Colpatria que es Porvenir. (...)» (Archivo 012 del expediente digital).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado del afiliado fallecido, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 30

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

Puestas en ese escenario las cosas, ningún reproche merece para la Sala la determinación a la cual arribó el sentenciador de primer grado, contrario a lo afirmado por las demandadas, pues se *itera*, al interior del proceso no se acreditó que se suministró al demandante los datos e información suficiente clara y oportuna de las consecuencias de su traslado de régimen pensional, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico, sin que sea atendible lo afirmado por Colpensiones en relación con el eventual reconocimiento de una pensión de sobrevivientes al cargo de la AFP llamada a la acción, como quiera que en el presente caso no se encuentra acreditada la solicitud elevada por la sucesora procesal y demás beneficiarios, como tampoco un reconocimiento prestaciones a favor de estos.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 31

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros no hacen parte de la pensión, también se descuentan en el RPM y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

12202000362 01 32

régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 33

hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

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

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 4 de agosto de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **REMBERTO MANUEL RUBIO CONDE** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 34

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

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

Si bien se fijó fecha y hora para 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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

12202000362 01 35

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LIGIA INES CASTRO GUASGUITA** contra la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL S.A., LUZ MERY ALVARADO MELO Y LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora LIGIA INÉS CASTRO GUASGUITA, solicita se declare que el señor Rafael Augusto Manrique Mora falleció el 7 de junio de 2016; que el *de cujus* era pensionado de la empresa ECOPETROL S.A., desde el 30 de diciembre de 1997; que tuvieron una vida en pareja desde febrero de 1984 hasta la fecha del deceso del pensionado; que tanto ella como su hija dependían económicamente del causante; que cumple con los requisitos legales para que le sea reconocida la pensión en un 100%; que Luz Mery Alvarado no tuvo vínculo de convivencia y dependencia económica con el ex trabajador; que Luz Mery Alvaro convivió con Rafael Augusto (q.e.p.d.) hasta el año 2010, conforme al registro llevado por el Juzgado de Familia de Fusagasugá.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a ECOPETROL a reconocerle la pensión de sobrevivientes del causante Rafael Augusto Manrique Mora (q.e.p.d.); se ordene el pago de los dineros que están en suspenso desde el 1° de junio de 2016; que se ordene el pago indexado de las mesadas retroactivas; a pagar intereses de los dineros de las mesadas; el valor de la prima de servicio suspendida desde el 1 de julio de 2016; a reconocer derechos ultra y extra petita; al pago de las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 9 a 19 de las diligencias, que en síntesis advierten, que la pareja se conoció en enero de 1976 en Fusagasugá; que a partir del 4 de febrero de 1984 la pareja decidió convivir junta; que procrearon una hija; que compraron un inmueble en el que convivieron hasta el día del fallecimiento del ex trabajador; que las labores asignadas al pensionado se debían prestar en la ciudad de Bogotá y por ello, vivía en esta ciudad y se veían los fines de semana; que la pensión le fue reconocida a su compañero en octubre de



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

1997; que se trasladó a Bogotá con su hija, por el ingreso a educación superior de esta; que ella tuvo conocimiento que su compañero tenía dos hijos; que en septiembre de 2006 rindió declaración juramentada ante la Notaria 39 de Bogotá; que acompañaba a las citas médicas a su compañero; que el 24 de junio de 2016 solicitó a Ecopetrol el reconocimiento de la pensión, pero tal pedimento fue negado al haberse presentado también a reclamar la señora Luz Mery Alvarado; que en julio de 2019 solicitó nuevamente el reconocimiento prestacional, pero nuevamente se resuelve en forma desfavorable su pedimento; que Luz Mery Alvarado Melo adelantó proceso de unión marital de hecho ante el Juzgado de Familia de Fusagasugá.

CONTESTACIÓN: LUZ MERY ALVARADO MELO, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que fue ella quien convivió con el señor Manrique Mora desde 1983 hasta su deceso y siempre dependió de su compañero. Como medios **exceptivos** propuso los de pleito pendiente entre las partes en el proceso y las que de oficio se llegaren a observar (fl. 524 archivo 01)

ECOPETROL S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que la entidad establece quienes son beneficiarios de la sustitución pensional y no se tiene certeza quien tiene mejor derecho. Como **excepciones** propuso las de, inexistencia de la obligación que se reclama a cargo de mi representada, controversia e imposibilidad jurídica para reconocer pensión de sustitución a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, la genérica que resulte probada en el proceso, controversia e imposibilidad jurídica para reconocer pensión de sustitución a cargo de Ecopetrol S.A., es necesario la intervención de la justicia ordinaria laboral para la definición de los beneficiarios del derecho pensional de sobrevivencia derivado del



fallecimiento del pensionado Rafael Augusto Manrique Mora (q.e.p.d.); excepción de la aplicación de la Ley 100 de 1993 (fl. 524 archivo 01)

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Primero Transitorio (1°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 24 de agosto de 2021, resolvió; **declarar** probada la excepción de Inexistencia del derecho y consecuencia de ello absolvió a Ecopetrol de las pretensiones incoadas; **se abstuvo** de imponer condena en costas, **ordenó** la consulta de la providencia en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Así las cosas, atendiendo este material probatorio resulta suficiente para concluir que la demandante Ligia Inés Castro no convivió con el pensionado afiliado por un término mínimo de 5 años inmediatamente anteriores a su deceso, es decir, si bien se alcanzó acreditar un tiempo de convivencia lo fue desde el 2014 hasta el 2016 es decir, alcanzó a abarcar siquiera un término de dos años, pero no el tiempo mínimo que exige la ley para causar el derecho pensional.

Ahora, en relación con la señora Luz Mary Alvarado tampoco hay lugar a reconocerla como beneficiaria en la medida que los documentos que relaciona y en las que figura como de beneficiaria de los servicios de salud brindados por Ecopetrol no alcanzan abarcar el tiempo mínimo de convivencia exigido por las normas que venido citando, tampoco las fotografías que fueron aportadas al plenario en la medida que éstas no dan cuenta de los extremos temporales de esa convivencia y el tiempo por el cual se entendió esa cohabitación...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la demandante, **Ligia Inés Castro** solicita se revoque la sentencia, hincando su inconformidad frente a la sentencia, al considerar que, no se valoraron las pruebas allegadas al plenario, como lo es la sentencia del Juzgado de Familia, en la que se declaró la existencia de la



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

sociedad patrimonial e interrogatorio a la actora, en el que e informó sobre la convivencia con el fallecido desde 1984 hasta su deceso; de acuerdo al testimonio del señor César, este informó sobre la convivencia paralela entre su padre y la señora Ligia y la señora Mery; con la prueba testimonial se puede acreditar la convivencia continúa con la pareja.

El apoderado de la demandada, **Luz Mery Alvarado**, interpuso recurso de apelación al estimar que, no se valoró en forma idónea los medios probatorios recaudados en el proceso, al dejarse de lado la documental allegada, como las declaraciones de renta de 1982 a 1984, fotografías familiares, certificado de la junta de acción comunal y de Ecopetrol, en donde tiene como compañera permanente a su representada; que los testigos dan cuenta de la convivencia de la pareja; que la declaración del hijo del *de cujus*, César, no fue coherente y no debió tenerse en cuenta.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La demandante, **Ligia Inés Castro Guagüita**, solicita se revoque la decisión emitida, al estimar que, su permanencia en la ciudad de Bogotá, era por el estudio de su hija y los hijos de su compañero, observándose vínculos afectivos; que los testigos citados al proceso dan fe de la convivencia de la pareja, por más de 5 años.

El apoderado de **Luz Mery Alvarado Melo**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia al estimar que, las pruebas acopiadas al cartulario no fueron valoradas en conjunto con la prueba testimonial recaudada en el proceso se da fe que convivió con el señor Rafael Manrique Mora hasta



la fecha de su deceso, encontrándose acreditados los requisitos legales para que le sea reconocida la prestación.

El apoderado de **Ecopetrol S.A.**, reclama que el fallo debe ser confirmado, al considerar que no se logró acreditar los requisitos legales para reconocer la sustitución prestacional; que tanto los interrogatorios como las pruebas testimoniales dejan vacíos temporales, frente a la convivencia de las intervinientes con el pensionado.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 163 del expediente digital, archivo 01, y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable a la peticionaria el 30 de agosto de 2016 (fl. 175 del archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURIDICO

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T y la S.S., esta Sala procede a analizar si la señora Ligia Inés Castro Guasquita y la señora Luz Mery Alvarado Melo en calidad de compañeras permanentes, son



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

beneficiarias de la sustitución pensional del señor Rafael Augusto Manrique Mora (q.e.p.d.), de ser afirmativa la anterior premisa, se deberá establecer el porcentaje y retroactivo causado a favor de las citadas señoras.

STATUS DE PENSIONADO DEL CAUSANTE

No es tema de controversia la calidad de pensionado del causante señor Rafael Augusto Manrique Mora, pues la misma se desprende del oficio librado al ex trabajador de fecha 29 de diciembre de 1997 y en el que se informó que la misma se haría *“efectiva a partir de la fecha de terminación de su contrato de trabajo, y su liquidación se efectuará sobre la base de los salarios devengados en el último año de labores”* (fl. 597 del Archivo 01 del expediente digital).

SUSTITUCION PENSIONAL

Es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de fallecimiento la que determina la norma aplicable al caso. Bajo esta premisa, en consideración a que las señoras Ligia Inés Castro Guasquita y Luz Mery Alvarado Melo, pretenden obtener la sustitución pensional vitalicia en calidad de compañeras permanentes del señor Rafael Augusto Manrique Mora (q.e.p.d), quien falleció el 7 de junio de 2016, según se indica en el registro civil de defunción visible a folio 119, 231, 579, 616 archivo 01 del expediente digital. Es patente entonces, que el régimen aplicable es el previsto en el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, inciso 3° del literal a) el cual dispone:

«Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a) *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.*

(...)

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente».

En este punto debe tenerse en cuenta que el señor Rafael Augusto Manrique Mora (q.e.p.d.), ostentaba la calidad de pensionado, luego entonces, las compañeras permanentes, deben acreditar la convivencia por un interregno de tiempo igual o superior a los cinco años anteriores al fallecimiento del jubilado, tal como se ha sentado en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, recientemente, en la sentencia, SL 2820 del 16 de junio de 2021, Magistrado Ponente, Doctor, Gerardo Botero Zuluaga

*“...Conforme al criterio acogido por la Sala, se concluye que el tiempo mínimo de 5 años de convivencia exigido en el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 47 de la Ley 100 de 1993, **solo es aplicable para el caso en que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado**, mas no para cuando el deceso es de un afiliado, por cuanto lo que busca proteger el Sistema General de Seguridad Social es el núcleo familiar, entendiendo la familia a la luz de lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C-521-2007, en la que al efecto sostuvo «Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos...». (Resaltado de la Sala).*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

De esta manera el reconocimiento pensional de forma vitalicia está supeditado a dos requisitos, a saber, i) edad y ii) tiempo de convivencia. Frente al primero, se constata que la fecha de natalicio de la señora Ligia Inés Castro Guasguita fue el 16 de abril de 1951 (fl. 117 del Archivo 01 del expediente digital), lo que en suma implica que para la fecha del deceso del causante, aquella contaba con 65 años de edad y en lo que atañe a la señora Luz Mery Alvarado Melo, se tiene que la misma nació el 12 de marzo de 1955 (fl. 235 y 671 del archivo 01 del expediente digital), lo que conlleva a que, para la data del deceso del *de cuius*, contara con la edad de 61 años, cumpliendo así las solicitantes la primera de las exigencias legales para acceder al derecho pensional deprecado.

En lo que respecta a la convivencia, la Corte Constitucional al analizar la constitucionalidad artículo 13 de la ley 797 de 2003, admite, que el objetivo fundamental de la pareja es compartir en vida real y social, en este sentido la sentencia C-336 de 2014, expuso:

«El objetivo fundamental perseguido es el de proteger a la familia. En efecto, la circunstancia de que el cónyuge o compañero permanente del causante deban cumplir ciertas exigencias de índole personal y temporal para acceder a la pensión de sobrevivientes, constituye una garantía de legitimidad y justicia en el otorgamiento de dicha prestación que favorece a los demás miembros del grupo familiar. También busca favorecer económicamente a aquellos matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de continuidad; pero también, que dicha disposición intenta amparar el patrimonio del pensionado, de posibles maniobras fraudulentas realizadas por personas que, con la falsa motivación de instituir una vida marital responsable y comprometida, sólo pretenden derivar un beneficio económico de la transmisión pensional.
(...)

Que el propósito de la institución es proteger al pensionado y a su familia de posibles convivencias de última hora que no se configuran como reflejo de una intención legítima de hacer vida marital, sino que persiguen la obtención del beneficio económico que reporta la titularidad de una pensión de vejez o invalidez. En este sentido, es



claro que la norma pretende evitar la transmisión fraudulenta de la pensión de sobrevivientes».

Así pues, en aras de establecer si en el caso *sub judice* la demandante y la demandada lograron acreditar el segundo de los requisitos que les impone la norma para ser beneficiarias de la sustitución pensional, resulta preciso entrar a analizar las pruebas arrimadas al plenario, conforme a los artículos 60 y 61 del CPL dentro de las cuales reposan las siguientes documentales;

1. Copia de cédula del pensionado (fl. 114, 617 archivo 01).
2. Copia de cédula de la demandante (fl. 117, 596, 619 archivo 01).
3. Registro civil de defunción del señor Rafael Augusto Manrique (fl 119, 231, 579, 616 archivo 01).
4. Registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 121, 620 archivo 01).
5. Registro civil de nacimiento de Ana María Manrique Castro (fl. 123 archivo 01).
6. Fotografías familiares (fl. 125 y 241 archivo 01).
7. Comunicación de otorgamiento de pensión al fallecido (fl. 143, 572, 597 archivo 01).
8. Declaración extra juicio de la demandante (fl. 145, 159, 580 archivo 01).
9. Certificación expedida por el Asesor para la participación comunitaria de la Alcaldía de Fusagasugá (fl. 147 y 401 archivo 01).
10. Historia clínica emitida por la Clínica Belén (fl. 151, 393, 431, 626 archivo 01).
11. Solicitud de reconocimiento de pensión presentado por la actora (fl. 163, 574, 601; 634 archivo 01).
12. Respuesta de Ecopetrol a solicitud (fl. 175, 429, 630 archivo 01).
13. Oficio allegando sentencia judicial (fl. 177, 239 archivo 01).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14. Registro civil de nacimiento de Rafael Augusto Manrique (fl. 233 archivo 01)
15. Registro civil de nacimiento de Luz Mery (fl. 235 archivo 01).
16. Registro civil de nacimiento de Claudia Milena Manrique Alvarado (fl. 237 archivo 01).
17. Declaración de renta (fl. 260 archivo 01)
18. Declaración extra juicio rendida por Ana Rosa Ardila Ramos, María Eduvina Guauta Rodríguez, Jairo Alfredo Maldonado Salinas, Gustavo Alberto Baquero Hernández (fl. 277 a 287).
19. Certificado emitido por Ecopetrol S.A. (fl. 287).
20. Copia de proceso de unión marital adelantado por Luz Mery Alvarado (fl. 291).
21. Registro civil de nacimiento de Ana María Manrique Castro (fl. 293).
22. Certificado expedido por la Junta de Acción Comunal del Barrio Antonio Nariño (fl. 427 archivo 01).
23. Declaración extra juicio de Angela María Tarquino Suárez, Clara Inés Urazán Soto (fl. 584 archivo 01).
24. Requerimiento de Ecopetrol a la demandante para allegar documentos (fl. 604 archivo 01).
25. Formato de autorización de tratamiento de datos personales (fl. 618 archivo 01).
26. Certificado de la Registraduría Nacional del Estado Civil (fl. 621 archivo 01).
27. Manifestación de convivencia del solicitante con el causante (fl. 622 archivo 01).
28. Certificado emitido por BBVA (fl. 625).
29. Certificación de Bancolombia (fl 641 archivo 01).
30. Reclamación de Luz Mery Alvarado Melo (fl. 678 archivo 01).
31. Resolución No. 01 del 7 de enero de 2014 (fl. 690 archivo 01).

DE LA CONVIVENCIA ENTRE RAFAEL AUGUSTO Y LIGIA INES



En lo que respecta a la convivencia de la señora Ligia Inés con el causante, se tiene en el interrogatorio de parte recepcionado a la demandante, esta afirmó en su oportunidad lo siguiente;

Que conoció al señor Rafael en 1976 e iniciaron un noviazgo y en el año 1980 quedó embarazada; que se veían continuamente en diferentes ciudades dado que el *de cujus* laboraba en Bogotá, que a partir de 1984 tenían una relación más cercana y él se ocupaba de los gastos de su hija; que ella iba a Bogotá y lo visitaba a Ecopetrol; que en 1992 se enteró que su compañero tenía un hijo (César Augusto) y que estaba a punto de nacer otro hijo (Claudia Milena); que su compañero se pensionó de Ecopetrol en diciembre de 1997 y en enero de 1998 decide trasladarse a Facatativá y ella a su turno se traslada al apartamento de él en Bogotá en enero de 1998, para acompañar a su hija, dado que empezaba sus estudios universitarios.

Aunado a lo anterior, informó que Luz Mery se fue de la casa que compartía con el señor Rafael en enero de 2010, cuando su hija menor terminó de estudiar su educación media y a partir de dicha data, el ex trabajador empezó a vivir solo en Facatativá.

Desde enero de 1998 hasta marzo de 2014 la demandante vivió en la ciudad de Bogotá, que su hija terminó los estudios de pregrado en diciembre del año 2002 y viajaba cada 8 o 15 días a Facatativá a visitar a su compañero o él venía a la ciudad a visitarlos. A partir de marzo de 2014 volvió a Facatativá *“por un acuerdo con él en forma definitiva a disfrutar de la casa y a disfrutar de todo el tiempo que teníamos disponible”*

Durante los dos últimos años de vida del pensionado, se dedicaron a viajar a los sitios que habían visitado cuando eran novios.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Al hablar sobre su domicilio “...teníamos una casa, es una casa bastante amplia, de tres niveles en el primer nivel queda la sala la cocina el patio en el segundo nivel queda el estudio y un baño en el tercer nivel quedan las habitaciones que era las habitaciones de nosotros la habitación que arreglamos para las niñas y la habitación de César en la parte interior queda un patio grande ahí teníamos unos pájaros turpiales, dos mirlas, teníamos un perrito”

En lo atinente a la prueba testimonial recaudada a favor de la demandante, la señora María Ema Méndez Moreno, informó conocer a la demandante desde el año 2012, porque hacía el aseo en la casa del pensionado; que en el 2014 la señora Ligia se fue a vivir en forma permanente a Faca, ya que, con anterioridad a dicha data, ella estaba pendiente de su hija y de los de la señora Luz Mery en Bogotá.

Respecto a la distribución de la casa ubicada en Facatativá, informó que, “constaba de tres niveles estaba la parte de abajo, el garaje, una sala grande, había un segundo nivel donde había un estudio un baño obviamente la parte abajo la primer parte estaba lo que era la cocina, el baño y un cuarto para la muchacha interna que antes pues cuando la señora estaba ahí con él pues tenía, pero cuando yo llegué a trabajar que fue en el 2012 yo iba era por días, en el tercer nivel están dos cuartos, una sala descanso, luego seguía otro lo que era el patio de ropas con sus animalitos que eran las mascotas” y finalizó diciendo la pareja vivió siempre unida en su casa en Facatativá.

Olga María Peñuela a su turno informó que, era la manicurista de don Rafael, y cuando lo conoció él vivía solo en el año 2010 y conoce a la demandante desde mayo del 2011; que “yo me retiré de trabajar de la peluquería, llegué a trabajar a domicilio y a quien conocí a la señora Ligia”, posteriormente indicó que, “En el 2014 la señora Ligia llegó de sientto a vivir con don Rafael, pues anteriormente repito ella vivía pendiente de los chicos en Bogotá por sus procesos de universidad, pero venía tanto los fines de semana como las vacaciones, de hecho era don Rafael el que me llamaba cuando venían los hijos Cesar, Claudia, Ana María y la señora Ligia para que los arreglara y ellos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

viajaron para Bogotá porque don Rafael era el que me pagaba todas las cuentas de lo que yo cobraba por mis servicios para Ana María, Cesar, Claudia y doña Ligia que a veces él le encargaba a doña Ligia productos de revistas que también actualmente los vendo y quien pagaba esas cuentas era don Rafael”.

Edna Rocío Castro Botero, sobrina de la demandante, informó que compartía con su tía, festividades; que vivió en Villarrica, posteriormente en Ibagué, del 2005 al 2016, cuando se trasladó para Bogotá; respecto a la convivencia de la pareja señaló que, *“Desde que yo tengo uso de razón sé que ellos vivían juntos y pues hasta que el falleció él estuvo con él un tiempo en fusa y un tiempo en Bogotá, Pero pues siempre estaban compartiendo”* y posteriormente indicó *“Pues el colegio de mi prima el bachillerato o sea la primaria y el bachillerato ella lo estudió en Fusa, entonces ellos vivían en Fusa en esa época y después como mi prima Ana María comenzó la universidad entonces mi tío Rafael compró un apartamento acá en Bogotá y ellos se vinieron para acá mientras ella cursó la etapa de la universidad y después mi tía se regresó con él para fusa”*; que la pareja vivió, primero en Fusa, después se trasladaron a Bogotá y regresaron finalmente a Fusa.

Que *“compartía con ellos era en Navidades y fiestas y pues algunas veces eran en fusa otras en Bogotá otras en Villarrica y otras en Ibagué entonces que yo diga tal fecha tal día no señora”.*

Francisco Castro, empezó una relación sentimental con una sobrina de la demandante, para el año 2000, y por ello, conoció a Ligia cuando vivía en Bogotá, con Ana María y después llegó César y Claudia; que *“me consta que en algunas oportunidades cuando yo subía Bogotá en especial los fines de semana llegaba Rafael con el mercado con las cosas que requerían los muchachos allá en Bogotá mientras estudiaban”* que hasta el 2013 la demandante vivió en Bogotá, en compañía de su hija y los hijos de su compañero; el deponente vivió en Ibagué entre 1994 y 2015 y en el año 2016 se trasladó a Fresno – Tolima en forma permanente; que cuando cursó una



especialización en Bogotá, se quedaba en casa de “ellos” y en navidad o eventos familiares se reunían en la casa de la familia del declarante.

César Manrique hijo del pensionado y la señora Luz Mery, indicó que, desde que tenía memoria *“él tuvo una relación cuando yo era pequeño con las dos personas con Mery Alvarado y con Ligia Castro”*; que su padre vivió los últimos años con Ligia *“porque nosotros estábamos hablando que mi papá estaba muy solo en esa casa entonces estamos dialogando para que por lo menos Ligia lo acompañara en la casa porque era muy grande para que estuviera solo, entonces Ligia fue la que lo acompañó estos últimos años que vivía ahí y la idea era que mi papá no estuviera solo y que tuviera algo”*.

Que su mamá, la señora Luz Mery vivió con *“...Claudia Manrique, mi papá Rafael Augusto vivían en la carrera 8 4-6 hasta el 2010; la señora Mery Alvarado decía que cuando Claudia se fuera a ir a la universidad ella se iba a ir de la casa, eso fue así, entonces apenas Claudia se fue para Bogotá en el año 2011 estuvimos viviendo en la calle 117a número 9-36 estuvimos viviendo Ligia Castro, Claudia Manrique, Ana María Manrique y yo”* y después su padre vivió solo en la casa por un lapso de dos años.

A su turno, César Ernesto Morales Rodríguez informó no tener ningún vínculo de consanguinidad con la demandante, sin embargo, la conoció entre el año 2007 y 2008 porque era novio de una sobrina de la actora; que veía a la pareja en forma esporádica o rápida por alguna encomienda que enviaban a Bogotá, que don Rafael vivía solo en Fusa y *“a veces”* encontraba a Ligia en Bogotá o a don Rafael allá y para el año 2014 Ligia vivía en Fusa.

Dimana de lo precedente, de un análisis en conjunto del material probatorio recaudado en primera instancia que la señora Ligia Inés Castro y el señor Rafael Augusto Manrique sostuvieron una relación sentimental,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

la cual inició en el año de 1976, sin embargo, la actora fue nombrada para prestar sus servicios como empleada pública en diferentes municipios del departamento del Tolima, tales como, Piedras, Villarrica y en 1984 decide vivir en Fusagasugá con el señor Rafael, sin embargo, para dicha calenda el enunciado señor, vivía en la ciudad de Bogotá, al prestar sus servicios en la empresa Ecopetrol, por lo que, la pareja se veía en diferentes ciudades hasta el año de 1997 cuando ya se pensionó el señor Rafael.

Pese a que el señor Rafael se pensionó en 1997, él se traslada a Fusagasugá y la señora Ligia se traslada a Bogotá con su hija, en enero de 1998, dado que, para dicha data, ya empezaba Ana María (hija de la pareja) con sus estudios universitarios.

El señor Manrique había comprado un apartamento en Bogotá, donde residía mientras laboró en Ecopetrol, y por ello, tanto la demandante como su hija, se trasladaron a dicho inmueble a partir de enero de 1998 y allí se mantuvo hasta el año 2014, luego entonces, esta Sala considera que, de acuerdo a los diferentes relatos, la señora Ligia vivió en Bogotá, por un interregno superior a los 16 años, tiempo que no se acompasa con el tiempo que estuvo su hija en la universidad, máxime que esta ya era mayor de edad y finalizó estudios superiores en el año 2002, según su propio dicho.

Por otro lado, si la señora Ligia se encontraba al cuidado de su hija y de los hijos de su compañero sentimental, Ana María, César y Claudia pues para la fecha en que ella retorna a Facatativá, estos ya tenían 32, 25 y 21 años respectivamente, es decir, ya eran todos mayores de edad y sin ningún tipo de discapacidad o minusvalía que ameritaran el cuidado directo.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ahora bien, estudiando y valorando la declaración de la demandante con la declaración rendida por la señora María Ema Méndez Moreno, se verifica que las enunciadas señoras describen el inmueble habitado por la pareja en forma disímil, por lo que, para esta Colegiatura es claro, que en este aspecto tan básico y elemental surgen contradicciones protuberantes y detalles que resultan de poca credibilidad.

Pese a lo anterior, si coinciden las declarantes, en cuanto a la aparente convivencia que tuvo la pareja a partir de 2014 en forma permanente.

En lo tocante a la declaración de la señora, Olga María Peñuela, esta informó que en el año 2010 cuando conoció al fallecido, él vivía solo y en el 2014 llegó la señora Ligia a vivir en forma permanente con el señor Rafael, dejando claro que en efecto, para dicha anualidad, el señor no convivía con nadie en su casa.

Edna Rocío Castro Botero, al ser sobrina de la demandante, afirmó que la pareja siempre vivió junta, en Fusa, posteriormente en Bogotá y finalmente en Fusa, sin embargo, esta declaración en forma alguna coincide con lo dicho por la misma demandante, al afirmar que vivió entre 1984 y 1997 en Fusa con el pensionado, y después se trasladó a Bogotá con su hija y su compañero la visitaba los fines de semana o ella viajaba a verlo, destiñéndose de esta manera la declaración de la señora Castro Botero.

Por otro lado, resalta esta Sala de Decisión que la enunciada declarante, señaló que vivió en Villarrica, después en Ibagué y finalmente en Bogotá, y por ello, no compartía con la pareja en forma permanente, sino en festividades, las cuales se presentaban en forma esporádica, situación que no da certeza de la convivencia de la enunciada pareja, máxime que posteriormente, en su declaración informó que don Rafael se quedaba dos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

o tres días a la semana solo, porque de resto estaba con su tía, situación que también difiere de la declaración rendida por su consanguínea, ya que esta dijo, que viajaban los fines de semana, festivos y vacaciones.

Por lo tanto, poca credibilidad se le puede dar a su declaración, cuando la misma se considera abiertamente contradictoria.

En lo tocante a la declaración de Francisco Castro, se tiene que el mismo fue coincidente en afirmar que conoció a la demandante a partir de 2000, que veía a don Rafael ocasionalmente los fines de semana, llevando el mercado a sus hijos; sin embargo, el enunciado deponente, vivía en la ciudad de Ibagué desde 1994 hasta diciembre del 2015, pero iba a la casa en Bogotá, cuando estaba estudiando una especialización, pero no da mayor información sobre la convivencia de la pareja, sino a partir de 2013, cuando ya empezaron a vivir en forma permanente en Fusa.

A su turno, César Manrique, hijo del señor Rafael Augusto y la señora Luz Mery, en su declaración informó que, su papá mantuvo una relación sentimental con su mamá y la señora Ligia, en forma coetánea, que hasta el año 2010 su padre vivió con la señora Luz Mery y en dicha calenda su mamá se fue de la casa en la que vivían en Fusagasugá, tiempo en el que su papá vivió solo, aproximadamente dos años y finalmente, hablaron para que Ligia se fuera a vivir con él y lo acompañara en el año 2014.

Así las cosas, solo se puede establecer con meridiana claridad que la señora Ligia, aparentemente convivió con el señor Rafael a partir del año 2014, en la ciudad de Facatativá en forma permanente.

En cuanto al socorro y ayuda mutua entre la pareja, de acuerdo al caudal probatorio, se tiene que la señora Ligia acompañó a la Clínica Belén al señor Rafael Augusto Manrique Mora, quien fue atendido en forma



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

particular, en dicha entidad de salud, el 3 de mayo de 2016 y en la información suministrada por el paciente, se dejó claro que su estado civil era “Soltero” (fl. 151 archivo 01 del expediente digital) y en el que se dio salida el mismo día, con un dictamen de “*BRONQUITIS AGUDA, NO ESPECIFICADA*”.

Luego entonces, a pesar de haberse presentado el pensionado con la señora Ligia, al centro médico, esto no demuestra la ayuda o socorro mutuo, durante el tiempo de su convalecencia, teniéndose en cuenta, que la misma deponente, señaló que estuvieron en el médico y le dieron un tratamiento, pero al no ver mejoría lo trasladaron a la Clínica Santa Fe de esta ciudad, permaneciendo por un interregno de un mes hospitalizado, sin embargo, salta en forma protuberante, que durante dicho interregno de tiempo, no se exhibe prueba fehaciente de ayuda, acompañamiento o socorro a su aparente compañero permanente.

Finalmente, de acuerdo a las pruebas recaudadas y valoradas, se tiene que, la demandante, tan solo acreditó una convivencia con el señor Rafael Manrique (q.e.p.d.) a partir de marzo de 2014, ya que con anterioridad a dicha calenda, la demandante vivió en Bogotá, con su hija y los hijos de su pareja; sin mantenerse una convivencia en forma permanente durante los últimos cinco años de vida del fallecido.

DE LA CONVIVENCIA ENTRE RAFAEL AUGUSTO Y LUZ MERY

Indicó la demandada, que convivió con el señor Rafael desde 1988 hasta la fecha de su deceso, que este la afilió al sistema de seguridad social en salud de Ecopetrol como su beneficiaria; que al principio vivían en Bogotá y una vez se pensionó su compañero permanente, se fueron a vivir a Fusa hasta que sus hijos culminaron sus estudios de educación media; cuando César y Claudia (hijos de la pareja) terminaron el Colegio, se trasladaron



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

a Bogotá, para continuar con su educación superior y ella por recomendación de su pareja viajó con sus hijos; que su compañero viajaba a Bogotá a llevarles dinero y en las vacaciones viajaban a Fusa.

En 1997 hicieron un cambio de vivienda con la señora Ligia, ella se fue al apartamento en Bogotá con Ana María (su hija) y ellos se fueron para Facatativá; que hubo un tiempo en que César y Claudia vivieron con Ligia, porque ella ocupaba el apartamento con su hija.

Su compañero hablaba con la señora Ligia únicamente por Ana María; que cuando este se enfermó, llamó a la demandante porque ella vivía cerca a su casa en Facatativá, dado que la demandada estaba en Bogotá con sus hijos.

Ana Rosa Ardila Ramos, informó conocer a Luz Mery hace 23 años, cuando llegó de Bogotá, con sus hijos pequeños; visitaba la casa con frecuencia y allí estaba la demandada con don Rafael; que al irse a estudiar los hijos de la pareja para Bogotá, Luz Mery viajó con ellos y la vio hasta el año 2016 en la casa en Faca.

María Eduvina Guauta Rodríguez, era vecina de Luz Mery en Facatativa, desde el año 2004; que Luz Mery viajó a Bogotá, cuando sus hijos se fueron a estudiar la universidad; que ella iba y venía entre Bogotá y Fusa.

Don Rafael iba a su establecimiento de comercio a desayunar o a almorzar, compraba el mercado para llevar a su esposa e hijos a Bogotá; que conoció a Ligia durante los últimos meses de vida del pensionado, pero él le comentó que era una amiga; que nunca supo de la hija mayor de don Rafael y cuando ocurrió un atraco en la casa, doña Mery fue quien lo acompañó.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Ana Celmira Manrique Mora, es hermana de Rafael Augusto (q.e.p.d.), que la pareja vivió en Bogotá y allí tuvieron a sus hijos, que la pareja compró un apartamento en la 116 en Bogotá y cuando el hermano se pensionó se trasladaron a Fusa y cuando los dos hijos terminaron sus estudios se fueron a estudiar la Universidad a Bogotá y él le dijo a Mery que se fuera con ellos para atenderlos y estar pendiente.

En 2011 Mery se fue para Bogotá a cuidar a los hijos y ahí se quedó; mientras tanto su hermano estaba solo en la casa; que sabe que su hermano tuvo una hija con la señora Ligia; que cuando él enfermó, ella junto con la señora Mery iban a la clínica a visitarlo y esta última estaba muy pendiente de su compañero.

Era la señora Mery quien le organizaba las cosas a su hermano el fin de semana y se las dejaba arregladas; que Rafael le había dejado el apartamento a Ana María para que hiciera su carrera.

Rubén Darío García, era vecino de la señora Luz Mery, la conoce aproximadamente hace 15 años, porque ella se reunía con unos familiares del testigo y ella asistía; Mery viajó a Bogotá con los hijos y veía a la pareja junta.

En lo tocante a la declaración de su hijo Cesar Augusto, este corroboró lo dicho en el trámite ante el Juzgado de Familia, es decir, que su mamá, Luz Mery vivió con su papá desde 1988 hasta febrero de 2010, debido a que la pareja había hecho el pacto de que, una vez Claudia Milena terminara sus estudios de educación media ella se iría de la casa.

Consecuencia de lo anterior, queda claro para esta Sala de Decisión que, la señora Luz Mery vivió con el señor Rafael hasta el año 2010, en la ciudad de Fusagasugá, dado que, los testigos fueron coincidentes en afirmar que era la demandada quien vivía en la casa en Fusa, que llevaba



a los hijos al Colegio, y que una vez terminaron sus estudios se fue para Bogotá con ellos, para acompañarlos.

En lo tocante a las certificaciones allegadas por la Junta de Acción Comunal, Ecopetrol y Ecopetrol, las mismas no dan fuerza probatoria para declarar una convivencia ininterrumpida entre la pareja, hasta la fecha del deceso del fallecido.

Situación que se corrobora con lo dicho por la señora Ana María Manrique Castro, hija de la señora, Ligia, quien en el proceso adelantado ante el Juzgado de Familia, informó que *“entre la actora y el causante existió una relación esporádica de convivencia desde 1988, cuando quedó embarazada de César, hasta 2010, cuando ella se fue a vivir a un inmueble de su propiedad ubicado en la calle 7# 9-37 de Fusagasugá...”* (fl. 39 Archivo 04. Solicitud incorporación pruebas (2))

Demostrándose de esta manera, en forma palmaria, que la señora Luz Mery en efecto convivió con el señor Rafael hasta el año 2010, máxime que, para dicha data Claudia (hija de la pareja) empezó sus estudios universitarios en Bogotá.

Razones que llevan a la Sala a establecer que entre la enunciada pareja, si existió convivencia, sin embargo, ella no acaeció durante los últimos 5 años de vida del señor Rafael. Tampoco se pudo establecer que, entre la enunciada pareja, haya existido o se haya forjado una comunidad de vida, basada en la ayuda mutua y acompañamiento durante el interregno de tiempo enunciado.

Así las cosas, no se encuentra desvirtuada la premisa de la no constatación de la convivencia durante los últimos cinco años de vida del señor Rafael Augusto Manrique (q.e.p.d.), como se plasmó



precedentemente y como bien lo determinó el *A quo*, habrá de confirmarse la sentencia objeto de estudio.

Por otro lado, debe resaltar esta Colegiatura, que las fotografías allegadas por las partes, dan cuenta de una asistencia a eventos públicos, ceremonias, y paseos, situaciones o acompañamientos que resultan apenas naturales, debido a los lazos que se mantienen con los descendientes, y familiares, a pesar de no tenerse un vínculo sentimental, pero que no dan fe y certeza que, exista una convivencia permanente en calidad de pareja con las intervinientes litigiosas.

COSTAS.

Dadas las resultas del recurso de alzada no se impondrá condena en costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 24 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LIGIA INES CASTRO GUASGUITA** contra **ECOPETROL S.A. y LUZ MERY ALVARADO MELO.**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SEGUNDO. COSTAS. Sin costas en esta instancia dadas las resultados del recurso de alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 ¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **MOISES ZONZAIN SCHARF** 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 veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

1. 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

14201900090 01 2

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **MOISES ZONZAIN SCHARF** a través de apoderado judicial, pretende se declare nulo el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A., por configurarse un vicio del consentimiento; en consecuencia, ordenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores cotizados desde la fecha de traslado al RAIS, incluidos los rendimientos e indexaciones; ordenar a Colpensiones recibirlo y registrar en la historia laboral las cotizaciones realizadas en la AFP Porvenir; se condene en costas y agencias en derecho (fl. 31 archivo 001 del expediente digital).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 32 a 33 archivo 001 del expediente digital, que en síntesis indican que nació el 13 de diciembre de 1957; se afilió al otrora ISS el 19 de julio de 1984, en donde cotizó 519 semanas. Que el 19 de julio de 1994 se trasladó al RAIS a través de Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir, motivado por lo que le manifestó el respectivo asesor, en cuanto a que el entonces ISS se iba “a acabar”, por manera que sería de cargo del gobierno pagar las pensiones, lo cual implicaría un eventual incumplimiento, amén que las AFP tenían un respaldo más sólido por



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 3

la tasa de interés del mercado, e igualmente, que en el nuevo régimen pensional obtendría una pensión más favorable, podría pensionarse cuando quisiera, inclusive antes de los 62 años, y le sería emitido un bono pensional como reconocimiento de sus aportes al ISS. Añade que la asesoría de la AFP Colpatria hoy Porvenir, fue verbal y muy breve, pues tuvo una duración de tan solo 15 minutos, durante los cuales no se le informaron las condiciones y características del RAIS de cara al RPM, por manera que no recibió asesoría completa y veraz relativa a las consecuencias y el perjuicio económico que le implicaba su traslado al nuevo régimen, como tampoco sobre los mayores beneficios que obtendría al quedarse en el RPM. Que se presenta una diferencia de casi el doble de la mesada pensional que sería reconocida en uno u otro régimen, por manera que solicitó ante las convocadas la anulación de su afiliación al RAIS y su activación a Colpensiones, lo cual le fue resuelto en sentido desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, en tanto suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación, amén que no se encontraba inmerso en ninguna prohibición para el efecto. Refiere que Colpensiones es ajena a la información que le fue suministrada al actor, en tanto ello representa una obligación en cabeza de la AFP accionada, acotando que en todo caso el actor debió corroborar la documentación que le fue brindada por los asesores de la sociedad convocada, dado que las características de los dos regímenes



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 4

pensionales se encuentran estipulados de la Ley 100 de 1993. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; prescripción y la innominada o genérica (fls. 101 a 113 archivo 001 del expediente digital).

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones formuladas, al considerar que la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y los lineamientos de la Superintendencia Financiera, de suerte que las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa o abusiva, sino que obedeció a una decisión informada y consciente, lo cual quedó plasmado en el formulario de afiliación que fue suscrito por el actor, en señal de tener pleno conocimiento de tal acto jurídico. Agrega que no existe prueba en el proceso de donde se desprenda que el asesor de Porvenir actuó de manera dolosa o forzó al convocante al momento de su traslado, amén que no se prueba la existencia de un vicio en el consentimiento, que por demás en el *examine*, llegaría a constituir un error de derecho que no tiene la virtud de viciar el mismo. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 5

laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 78 a 87 archivo 001 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 2 de septiembre de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado realizado por el actor al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir; **ordenar** a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con frutos, intereses y rendimientos; **ordenar** a Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones de su propio patrimonio e indexados los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros; **ordenar** a Porvenir S.A. a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación del demandante en el SIAFP y entregar a Colpensiones el archivo y detalle de aportes realizados durante la permanencia del actor en el RAIS; **ordenar** a Colpensiones que acepte al actor en el RPM, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral, conforme los dineros trasladados por Porvenir; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; **condenar** en costas a Porvenir S.A. (Archivo 13 del expediente digital).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 6

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

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, censuró el fallo de primera instancia, al considerar en síntesis que, el *A quo* no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, en tanto Colpensiones es un tercero ajeno al contrato celebrado entre el actor y la AFP, razón por la cual la entidad no puede verse favorecida ni perjudicada por el mismo, en tanto los efectos deberían ser inter-partes. Afirma que, con la decisión de primer grado se afecta gravemente el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, establecido en el artículo 48 de la C.P. adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005, como quiera que las condenas generadas por este tipo de procesos han venido causando un impacto negativo en el PIB y en la reserva pensional que se destina para el reconocimiento de derechos pensionales. Refiere que, el demandante ya se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 7

artículo 2° de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sumando a ello que conforme a diversas decisiones de la Corte Suprema de Justicia, la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, trae como consecuencia el traslado de la totalidad de las cotizaciones y recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales. Concluye solicitando que la AFP debe reconocer a Colpensiones los perjuicios económicos que la decisión asumida por la sentenciadora de primera instancia le causa a la entidad.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, censuró el fallo de primera instancia al considerar en síntesis que, a la data en que tuvo lugar el traslado de régimen pensional la única obligación radicada en cabeza de las AFP, que implicaba la materialización válida de tal acto, era la suscripción del formulario de afiliación, como expresión de voluntad del afiliado. Arguye que le brindó al demandante una asesoría oportuna, en la que le informó ampliamente las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, de suerte que no es de su obligación allegar al proceso información, documento o testimonio para demostrar lo que echa de menos la activa. Agrega que en el *sub judice* ha tenido lugar lo previsto en el artículo 1752 del C.C., relativo al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita, como quiera que el demandante hizo aportes obligatorios y voluntarios, con el ánimo de incrementar la prestación que le sería reconocida a futuro; acota que no era de su obligación realizar proyecciones pensionales o entregar los documentos que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 8

aduce la parte demandante, además, este tampoco se preocupó por confirmar la asesoría brindada o aclarar las dudas que esta le hubiere podido generar, pues no existe queja, requerimiento o solicitud elevada por el actor frente a los 20 años de la supuesta afiliación irregular ante la AFP Porvenir.

Indica que no es procedente realizar la devolución de los gastos de administración, como quiera que ese dinero fue cobrado como producto de la gestión de la AFP y menos aun cuando deben devolverse los rendimientos, frutos e intereses, generados con ocasión a esta, a más que conforme al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el 3% de las cotizaciones efectuadas en el RPM también se destina financiar gastos de administración, pensiones de invalidez y sobrevivencia, de suerte que los mismos no hacen parte de la pensión, y por ende, están sujetos al fenómeno de la prescripción; refiere que el retorno de los dineros en referencia, constituyen un enriquecimiento sin causa, a favor de Colpensiones, porque el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, en su literal b, previó que los dineros a trasladar cuando existe un cambio de régimen, corresponden al saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos financieros. Concluye indicando que conforme a la sentencia C-157 de 2013, atendiendo el principio de objetividad, las partes vencidas en el proceso deben ser condenadas en costas, por manera que la decisión de primer grado debe ser modificada en este aspecto, para imponer condena en costas a cargo de Colpensiones.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 9

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 10

descuento con destino al fondo privado, pruebas que analizadas de manera crítica y en conjunto, conducen con certeza a concluir que la intención de la parte actora era pertenecer al régimen de ahorro individual.

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** solicita se modifique la sentencia de primera instancia, por cuanto el traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, se realizó por el demandante con plena voluntad, quien por decisión propia lo solicitó suscribiendo los formularios para el efecto. Además, en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 se establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional el artículo 1 del Decreto 3800 de 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltare 10 años o menos para alcanzar la edad a pensión, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al Régimen de Prima Media en cualquier momento. Aduce que COLPENSIONES nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre el demandante y la AFP mencionada, por lo que en caso de alguna eventual condena la llamada a responder es la citada sociedad.

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



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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se evidencia su agotamiento por la activa, conforme a la solicitud elevada ante Colpensiones obrante a folios 22 a 23 archivo 001 del expediente digital.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MOISES ZONZAIN SCHARF al régimen de ahorro individual administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. antes COLPATRIA, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 12

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, historia laboral expedida por Colpensiones (fls. 2 a 3 y 95 a 98 archivo 001 del expediente digital), formulario de afiliación ante la AFP Colpatria (fls. 4 y 57 archivo 001 del expediente digital), formulario de afiliación ante la AFP Horizonte hoy Porvenir (fls. 5 vuelto y 57 archivo 001 del expediente digital), documento de identificación del accionante (fl. 5 archivo 001 del expediente digital), historia laboral emanada de la AFP



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 13

Porvenir (fls. 5 a 8 y 66 a 71 archivo 001 del expediente digital), declaraciones extra juicio rendidas por José Manuel Lozano Sánchez, Fernando Rodríguez Olmos y Pedro León Cabarcas Santoya (fls. 9 a 13 archivo 001 del expediente digital), simulación pensional (fls. 14 a 15 archivo 001 del expediente digital), derechos de petición elevados ante las demandadas y sus respuestas (fls. 16 a 25 y 74 a 75 archivo 001 del expediente digital), certificación expedida por la AFP Porvenir (fl. 55 archivo 001 del expediente digital), certificado de ingresos y retenciones (fl. 59 archivo 001 del expediente digital), constancia de entrevista AFP Horizonte (fl. 59 vuelto archivo 001 del expediente digital), historial de afiliaciones SIAFP ASOFONDOS (fl. 61 archivo 001 del expediente digital), historia laboral para bono pensional (fls. 72 a 73 archivo 001 del expediente digital), comunicados de prensa (fls. 76 a 77 archivo 001 del expediente digital), certificado de afiliación allegado por Colpensiones (fl. 99 archivo 01 del expediente digital), expediente administrativo allegado por Colpensiones (Carpeta 002 del expediente digital) e interrogatorios de parte rendidos por el demandante y la representante legal de Porvenir S.A. (archivo 13 del expediente digital).

Sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 14

del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado y poder tomar decisiones informadas»*

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 15

septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

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

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

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

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

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 16

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 17

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 18

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 19

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 20

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 21

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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 22

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 23

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 24

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 25

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 26

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

14201900090 01 27

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 28

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se vinculó al extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de julio de 1984 hasta el 18 de julio de 1994, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones (folios 95 a 96 archivo 001 del expediente digital), para luego trasladarse a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 19 de julio de 1994 (fl. 4 archivo 001 del expediente digital); de otro lado, el 9 de febrero de 2005, se trasladó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (fl. 4 y vuelto archivo 001 del expediente digital), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, como da cuenta la certificación obrante a folio 55 del archivo 001 del expediente digital; supuestos fácticos respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 29

y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 4 archivo 001 del expediente digital).

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues este indicó que *«(...) ellos fueron a la empresa donde yo trabajaba en ese momento y (sic) hicieron una reunión personalizada, en la cual expresaron que el Seguro Social en ese momento tenía muy mala fama y que lo más probable era que no tuviera cómo pagar las pensiones y que lo mejor, la mejor opción para uno, era trasladarse al fondo de pensiones, entonces yo lo hice»*. Agregó que se le informó sobre la existencia del bono pensional y que sus aportes serían heredables en caso de muerte, acotando que conoció sobre los aportes voluntarios con posterioridad, cuando la AFP a la que se trasladó fue adquirida por BBVA, pues un asesor de esta última sociedad le indicó que con ellos podía incrementar el valor de su pensión. Concluyó indicando que *«(...) Bueno, lo primero fue que decía el vendedor que el Seguro Social que tenía en ese momento muy mala fama, muchos casos de corrupción y de todo lo malo que uno pudiera escuchar que, probablemente no iba a poder cumplir con las pensiones, y que el gobierno tendría que asumir eso y lo más probable era que no pudiera cumplirle a los pensionados, eso como primera medida. También mencionó que la rentabilidad que le generaría a uno el fondo de pensiones sería mucho mayor porque siempre sus rendimientos estarían por encima de la inflación, entonces que sería mucho mejor la mesada que uno tendría al momento de pensionarse. Esas fueron cosas que me motivaron a mí, además el bono pensional que me darían, si no estoy mal decían que al valor del último*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 30

salario de junio del 92, según entendí yo todos los años anteriores se iban a promediar a ese e iba a recibir mucho más dinero para meter en mi pensión y eso es lo que me motivó (...) En ese momento me dijeron que yo me podía pensionar cuando yo lo estimara, que me podía pensionar en cualquier momento dependiendo de mis aportes». (Archivo 13 del expediente digital).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 31

traslado de régimen pensional, pues solamente le fueron referidas algunas características del RAIS, circunstancia que decanta en la ineficacia de tal acto jurídico.

Ahora bien, frente a la condena por concepto de devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración y seguros previsionales, se advierte que sobre este aspecto se ejerció oposición por parte de la demandada Porvenir S.A., argumentando que dichos dineros no hacen parte de la pensión, también se descuentan en el RPM y su traslado implica un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 32

garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

En tal virtud, no le asiste razón a la AFP apelante, por cuanto dicha condena surge como una consecuencia lógica de la declaratoria de la ineficacia del negocio jurídico pactado, por lo que emana el deber, para la AFP, de reintegrar los valores que recibió a título de cuotas de administración y comisiones causadas.

En lo referente a la prescripción en torno a tales emolumentos, basta con señalar, que de conformidad con lo enseñado por la Corporación de cierre en materia ordinaria laboral, la obligación de devolver los gastos de administración nace para las AFP desde el momento mismo en que nace el acto que se declara ineficaz, en tanto dichos recursos



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

14201900090 01 33

han debido ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ayudando de esta manera a forjar el derecho pensional del afiliado, por lo que, contrario a lo sostenido por la entidad recurrente, los mismos no pueden desprenderse del derecho pensional como así hoy lo pretende, siguiéndose de tal manera la suerte de lo principal, aquello que resulta accesorio. (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Se aclara que, esta sentencia no le causa perjuicio a Colpensiones, pues el afiliado se traslada con todo su capital, para que esa entidad cumpla la función para la cual se creó, no siendo atendible la petición efectuada en la alzada de ordenar a Porvenir reconocer los perjuicios que se causen a la administradora del RPM, por cuanto ello no hace parte del presente litigio.

COSTAS

La parte demandada PORVENIR en su alzada también manifiesta inconformidad en lo referente a las costas impuestas por el *A quo*, en tanto absolvió a la demandada COLPENSIONES, pese a serle adversa la decisión de primera instancia.

Sobre el particular juzga conveniente advertir que a la AFP Porvenir no le asiste interés para recurrir la absolución que sobre tal concepto impartió el Juzgado en relación con Colpensiones, como quiera que en este caso las costas procesales que se hayan generado lo son a favor



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 34

de la parte demandante, quien sobre este puntual tema no ejerció ninguna oposición a través del recurso de apelación.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 2 de septiembre de 2021 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MOISES ZONZAIN SCHARF** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia se imponen costas a cargo



14201900090 01 35

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

14201900090 01 36

AUTO DEL PONENTE

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderado sustituto de Colpensiones a Elkin Fabián Castillo Cruz, identificado con C.C. No.

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»



80.282.676 de Villeta y portador de la T. P. No. 261.451 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora MARTHA LUCÍA RODRIGUEZ GONZÁLEZ solicita se declare la nulidad del traslado efectuado a Porvenir S.A.; que se ordene el retorno a Colpensiones.

Como pretensiones secundarias solicita se ordene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta individual de la afiliada; se declare y reconozca cualquier derecho que se encontrara acreditado; que se ordene el pago de las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 23 de abril de 1965; que durante su vida laboral a cotizado 1.186 semanas; que se afilió al Seguro Social en marzo de 1992; que en diciembre de 2002 se trasladó a Porvenir S.A.; que le fue suministrada información errónea frente al traslado de régimen; que el 12 de octubre de 2018 solicitó a Colpensiones su traslado al RPM y el mismo día fue resuelto el pedimento en forma desfavorable; que radicó petición a Porvenir y esta fue resuelta el 23 de octubre de 2018.

CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**



PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la información suministrada se encuentra acorde con las disposiciones legales contempladas para dicha época. Como **Excepciones**, propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; enriquecimiento sin causa; innominada o genérica. (fl. 73).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que se debían acreditar los vicios del consentimiento. Como medios **exceptivos**, propuso las de, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada; innominada o genérica (fl. 104).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de julio de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante; **declaró** válidamente vinculada a la demandante al RPM; **condenó** a Porvenir, a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos y comisiones, sin descontar gastos de administración a Colpensiones; **absolvió** de las demás pretensiones; se **abstuvo** de imponer condena en costas; **ordenó** la consulta de la providencia.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

“...Así las cosas, y como quiera que las partes demandadas principalmente la AFP Porvenir, no cumplió con ese deber que tenía de la carga dinámica de la prueba el despacho debe concluir que faltó al deber de información y por ello no le era permitido realizar el cambio de régimen pensional a la aquí demandada, así las cosas se puede concluir que fue escaso el material de pruebas que allegó la demandada y Porvenir para controvertir los hechos de la presente demanda, razón por la cual, no queda más que declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la señora Marta Lucía Rodríguez Gonzales, a la AFP Fondo de Cesantías Porvenir, efectuado el 13 de febrero del año 2003, con la fecha efectiva 1 de abril de 2003, esto es que no ha surtido efecto alguno, conforme lo considerado en la parte motiva de esta sentencia, declarara como la aseguradora de la aquí demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, la administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, desde el 3 de febrero del año 1992, que es la entidad que actualmente administra el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, hasta la actualidad como si ella nunca hubiese trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida....”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpone recurso parcialmente frente a la absolución de pagar condena en costas a la demandada, ya que tanto el Código General del Proceso y Acuerdo del Consejo Superior establecen los montos a reconocer contra la parte vencida en el litigio

El **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita se revoque la sentencia al considerar que, a la entidad no se le obligaba a brindar información documentada, sin embargo, el formulario acredita esta situación, ya que la información era suministrada en forma verbal; que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración al encontrarse reglados en la Ley 100 de 1993; que se debe declarar la prescripción frente a los gastos de administración o las primas de seguros y sumas diferentes de la cuenta de la afiliada no forman parte integral de la pensión de vejez, sino que están llamados a asegurar a los asegurados en los dos regímenes.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la Ley 100 de 1993 no exigía documento diferente al formulario de afiliación para demostrar la voluntad de traslado; que Colpensiones tiene que soportar la carga del traslado de régimen; que la demandante ha estado afiliada por más de 19 años al RAIS; que la actora se encuentra inmersa en una prohibición legal para retornar al RPM; que en caso de confirmarse la sentencia, se debe ordenar la devolución de todos los emolumentos a favor del ente de seguridad social.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La **demandante**, a través de apoderado judicial, peticiona la confirmación de la sentencia, alegando para tal fin que, la decisión debe emitirse en aplicación del principio de favorabilidad; que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de los fondos de pensiones; no se requiere ser beneficiario del régimen de transición; no se demostró la información dada a la demandante al momento del traslado y antes de cumplir 47 años.

El apoderado de la demandada, **Colpensiones**, solicita se niegue el traslado solicitado, al considerar que, la demandante solicitó el mismo en forma voluntaria; que para la fecha de suscripción del formulario de afiliación, las exigencias para trasladarse eran menos; que la demandante permaneció por más de 19 años afiliada al RAIS y por ello, Colpensiones ve afectada su sostenibilidad y equilibrio financiera al



afectarse el equilibrio de la entidad; en caso de no prosperar su solicitud se deben remitir a la entidad todos los aportes efectuados en el fondo pensional.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama se debe revocar la sentencia de primera instancia, al considerar que no se encuentra probada ni acreditado ningún vicio del consentimiento a la hora de suscribirse el formulario de afiliación; que fue garantizado el derecho de retracto; que la suscripción del eludido documento fue voluntaria; que para la época del traslado, las exigencias legales eran diferentes; que fue suministrada la información idónea a la afiliada; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las consagradas en la Ley 100 de 1993.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 23, en la que se dio respuesta a la solicitud de traslado de régimen presentada por la parte actora en forma desfavorable el mismo día (fl. 29).

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el



Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por las partes demandadas en el recurso de apelación, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Martha Lucia Rodríguez González al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. y las que se dieron con posterioridad a aquella, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad



con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 21); reclamación administrativa presentada ante Colpensiones (fl. 23); respuesta emitida por Colpensiones (fl. 29); derecho de petición incoado ante Porvenir (fl. 31); respuesta de Porvenir a derecho de petición (fl. 34, 94); formulario de afiliación suscrito ante Porvenir el 13 de febrero de 2003 (fl. 36, 84, 96); historia laboral emitida por Porvenir (fl. 37, 96 anverso); certificado de afiliación emitido por Porvenir (fl. 83); certificado SIAFP (fl. 85); relación de pagos efectuados a Porvenir (fl. 86); certificado de Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda (fl. 91); simulación pensión efectuado por Porvenir (fl. 100); expediente administrativo emitido por Colpensiones (fl. 122).

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

Posturas estas, iteradas por el Órgano de cierre en materia laboral, en



un pronunciamiento más reciente, esto es, en la sentencia SL1452 de 3 de abril de 2019, con ponencia de la Magistrada Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, momento en el que:

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



cargo de las administradoras de pensiones, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

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

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

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

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

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

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

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

3. *Manejo adecuado de los conflictos de interés.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones y las compañías aseguradoras de vida que tienen autorizado el ramo de rentas vitalicias deberán velar porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán privilegiar los intereses de



los consumidores financieros frente a los de sus accionistas o aportantes de capital, sus entidades vinculadas, y los de las compañías aseguradoras con las que se contrate la póliza previsional y la renta vitalicia.

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se



encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de marzo de 1992 al 31 de enero de 2002, tal como se advierte de la historia laboral que obra en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, para luego trasladarse a la AFP Porvenir el 13 de febrero de 2003 (fl. 36, 84, 96) fondo, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 36, 84, 96).

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 *«... Recuerdo estaba como todo el proceso de inducción a la compañía, entonces, reunían un grupo de personas, todas las personas que entrábamos entrando como nuevos, nos íbamos a hablar de diferentes temas, estuvo un asesor, nos dijo que, el seguro social se iba a acabar, que con los fondos privados nos podíamos pensionar cuando nosotros quisiéramos, que la pensión la heredaban mis hijos, así, que si yo me moría, y mis hijos tenían 30 años, ellos igual iban a heredaban la pensión y que iba a ser más alta...»*.

La asesoría duró aproximadamente de 10 a 15 minutos, porque pasaban



varias personas de diferentes temas; que leyó el formulario de afiliación, aunque no con detenimiento; que no suscribió el documento en forma obligada y confió en la compañía y la información suministrada.

La motivación para retornar al Seguro Social es que hace como dos años compañeros me contaron lo que estaba pasando con las pensiones y empezó a averiguar sobre su trámite pensional y se dio cuenta que la prestación le sería reconocida con el salario mínimo y por ello empezó con el proceso.

En lo atinente a extractos de la cuenta individual indicó recibirlos desde hace dos años aproximadamente, cuando se acercó a Porvenir a averiguar sobre su pensión; pero no tiene conocimiento sobre aportes voluntarios que se pudieran realizar al RAIS; tampoco sobre diferencias entre los regímenes; ni comparativo de acuerdo a los salarios; ni de la posibilidad de hacer uso del retractor; que no fue informada sobre el tiempo límite para devolverse al RPM.

A su turno la representante legal de Porvenir S.A., al rendir interrogatorio informó que conforme al formulario de afiliación la demandante suscribió dicho documento en forma libre y voluntaria; que la entidad no cuenta con una prueba de una reasesoría realizada a la actora, ya que tal situación fue publicada en un diario de amplia circulación.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues pese a que de su declaración de parte se puede constatar que le informaron algunas de las características del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, ni tampoco la manera en como obtendría una mesada pensional, y como quiera que no



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

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

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



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

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

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

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

(...)

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



reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones».

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

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

COSTAS.

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

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

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que en la sentencia objeto de alzada, erró la Juez de primer grado al no disponer la imposición de



condena en costas a cargo de Colpensiones y Porvenir, de acuerdo a lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP que ordena que la parte vencida debe ser condenada en costas; de tal forma se modificará el numeral quinto de la providencia objeto de reproche, y se ordenará al juez de conocimiento, fijar las correspondientes costas causadas en primera instancia a cargo de las entidades citadas en precedencia.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: PRIMERO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 21 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARTHA LUCIA RODRÍGUEZ GONZÁLEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**, en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a reconocer y pagar a favor de la demandante las costas causadas en primera instancia.

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

TERCERO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de Colpensiones y Porvenir, dado el resultado de la alzada.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', written over a horizontal line.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written over a horizontal line.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **NOHORA IRENE GARZÓN CUBILLOS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Se reconoce personería para actuar en calidad de apoderada sustituta a Jheisson Santiago Garzón Piamonte, identificado con C.C. No.

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»*



1.018.435.921 de Bogotá D.C. y portador de la T. P. No. 277.810 del C. S. de la Judicatura, conforme a la sustitución allegada vía correo electrónico.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora NOHORA IRENE GARZÓN, solicita se declare la nulidad o ineficacia de traslado efectuado al RAIS.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a Protección y a Colpensiones a declarar nula o ineficaz el traslado al RAIS; que la actora tiene vocación de ser afiliada a Colpensiones, a retrotraer los efectos de la afiliación y trasladar los aportes como si nunca se hubiesen realizado en el RAIS, a pagar las costas y agencias en derecho y a reconocer cualquier derecho conforme a las facultades ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 5 a 6 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 20 de marzo de 1964; que estuvo afiliada al RPM desde el 15 de julio de 1987 hasta el 17 de enero de 1994; que estuvo afiliada al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro FONPRENOR entre abril de 1994 y julio de 1995; que se afilió a Porvenir en noviembre de 1995 hasta la fecha; que no recibió asesoría respecto a su traslado; que cuenta con más de 1250 semanas cotizadas; que le fue efectuada simulación pensional y la misma resulta disímil en cada régimen; que se presentó reclamación administrativa el 3 de agosto de 2020.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

CONTESTACIÓN: LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que el traslado efectuado por la actora fue suscrito en forma libre y voluntaria, recibiendo la asesoría idónea para ello. Como medios **exceptivos** formuló los de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Archivo 08. ContestaciónDemandaPorvenir).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que, no obra prueba de que al demandante se le hubiese hecho incurrir en error. Como medios **exceptivos** propuso las de, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 09 Contestación Colpensiones).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno (21°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 24 de agosto de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir S.A.; **condenó** a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los dineros recibidos por la demandante al RAIS; **condenó** a Colpensiones a activar nuevamente a la demandante y a



actualizar su historia laboral; **declaró** no probadas las excepciones propuestas; **condenó** en costas a Porvenir, se abstuvo de condenar en costas a Colpensiones; **ordenó** la consulta de la sentencia a favor de Colpensiones.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Es así, entonces, como no tenemos confesión, el formulario no nos sirve, tampoco o no genera el convencimiento por sí solo de la prueba y tampoco lo hace las documentales a folio 57 a 59 del archivo, que son unos comunicados de prensa ya que son dirigidos al público en general y no son concretamente de la demandante, no se expresan características, ventajas, desventajas de uno u otro régimen pensional y menos de la situación concreta de la demandante, donde no está demás decir, que en su interrogatorio manifiesta que fue una reunión grupal donde claramente no se puede hablar de una situación pensional concreta.

Incluso, por si se observa en el formulario de afiliación, lo que se pone es que el régimen anterior era CAJANAL, cuando efectivamente como hemos demostrado, pues aquí en el proceso con la documental fue FONPRENOR...”.

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de **Porvenir**, alega que no se encuentran acreditadas las condiciones para declarar la nulidad de la afiliación y por tanto la afiliación de la demandante es válida; que la AFP brindó la asesoría exigida legalmente para la época; que el actuar de la entidad es de buena fe; que la demandante conocía la característica esencial del régimen, es decir, que era con sus aportes que se reconocería la prestación y permaneció por más de 25 años en el régimen; que la inconformidad de la actora es el monto de la mesada pensional; que tampoco se encuentra de acuerdo con la devolución de gastos de administración y rendimientos, ya que estos conceptos se encuentran reglados en la Ley 100 de 1993.



El apoderado de **Colpensiones** solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la carga de la prueba de demostrar vicios del consentimiento se encuentra a cargo de la demandante y no de la AFP; que el sistema financiero se ve afectado, máxime que la afiliada se trasladó hace 25 años y para dicha data no era necesario suministrar información adicional; que no se debe imponer condena en costas a 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:

El **demandante** a través de apoderado judicial reclama que el fallo debe ser confirmado, al darse aplicación a criterio jurisprudencial emitido por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que, el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal para trasladarse al RPM; tampoco fueron acreditados vicios del consentimiento a la hora de efectuar el traslado; la carga de la prueba se encuentra en cabeza del actor y no de la AFP; que respecto al deber de información se regló a partir del año 2014; que se afecta la sostenibilidad financiera de la entidad y pone en riesgo a los demás afiliados.

La apoderada de **Porvenir S.A.**, alega que la sentencia debe ser revocada al estimar que el traslado efectuado por el actor fue libre y voluntario, cumpliéndose con las obligaciones relativas al deber de información existente para dicha época; que la inconformidad del



petionario se centra en el monto pensional que se reconoce en el RPM, el cual no es suficiente para viciar el consentimiento; que tampoco es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración y primas previsionales, dado que las mismas están reguladas en la Ley 100 de 1993; que al no salir avante la ineficacia del traslado, tampoco se debe imponer condena en costas a la demandada.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 44 del Archivo 01 del expediente digital, y frente a la cual la entidad dio respuesta en forma desfavorable a la peticionaria el 4 de agosto de 2020 (fl. 45 archivo 01 del expediente digital).

PROBLEMA JURÍDICO

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



Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada por Nohora Irene Garzón Cubillos al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 29 archivo 01); simulación pensional efectuada por Porvenir (fl. 30 archivo 01); certificado laboral emitido por la Notaria 9 (fl. 34 archivo 01); certificado CETIL (fl. 35 archivo 01); historia laboral consolidada emitida por Porvenir (fl. 38 archivo 01 y fl. 27 archivo 08 contestación de Porvenir); relación histórica de movimientos emitido por Porvenir (fl. 33 archivo 08); certificado de afiliación a Porvenir (fl. 49 archivo 08); formulario de afiliación a Porvenir en cesantías (fl. 50 archivo 08, fl. 61 archivo 09); certificación del Ministerio de Hacienda – Oficina de Bonos Pensionales (fl. 51); certificado emitido por Asofondos – SIAFP (fl. 54 archivo 08); expediente administrativo de la señora Imelda López Talero, quien no es parte en el proceso (fl. 58 archivo 09 y archivo 13 del expediente digital);

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



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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un



afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

Como se puede advertir, en este nuevo ciclo se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues ya no basta con dar a conocer con



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Probabilidad de pensionarse en cada régimen.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

AFILIACIÓN, COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante prestó sus servicios a la Notaria 55 de Bogotá entre el 15° de julio de 1987 hasta el 17 de enero de 1994 (fl. 34 Archivo 01), como se constata con la certificación emitida por el Notario Noveno Encargado de Bogotá y se corrobora con el certificado CETIL emitido por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda (fl. 35 Archivo 01), data en la cual se encontraba cotizando al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro FONPRENOR, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 30 de agosto de 1994, según da cuenta la documental en mención (fl. 50 y 54 Archivo contestación Porvenir), fondo al cual se encuentra actualmente afiliada al subsistema de seguridad social en pensiones, como así se certifica en la documental adosada a folio 49 del archivo



08 del expediente digital; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer a la afiliada la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 50 archivo 08. Contestación demanda de Porvenir), el cual conforme lo ha precisado claramente la jurisprudencia no tiene la virtud de demostrar un consentimiento informado.

Referente al interrogatorio de parte rendido por el convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, pues indicó que *“Bueno en el año, estaba laborando en la notaria 55 y estábamos, nos digieren que los fondos del estado se iban a liquidar, en ese momento estaba afiliada al, teníamos Caja Nacional y estábamos con un fondo, FONPRENOR, un fondo del a Superintendencia de Notariado y Registro, se hizo, se hicieron, nos diligenciaron un formulario que teníamos que pasarnos pues al Fondo Privado y así fue, yo no recuerdo haber diligenciado ningún formulario, recuerdo que nos dijeron que nos iban a afiliar a ese fondo a Porvenir, y pues que iba hacer una ahorro y que nos iban a pagar unos intereses. Eso es todo pues que recuerdo de ese momento.”*

La asesoría brindada para efectuar el traslado, se hizo en una *“reunión grupal en ese momento y ya venía el cuento de que se iban acabar los fondos y que iban a crear unos fondos, que iban a tener unas mejores, respuestas para*



el tema de la pensión, y después se, nos dijeron que iba a venir un funcionario para que le diéramos los datos, eso fue todo”, a la enunciada reunión asistieron más de veinte personas, pero no se brindó asesoría en forma individualizada.

El asesor le informó que se pensionarían en forma anticipada, que tendría unos rendimientos, y que se generaría un bono por los aportes realizados en el Fondo de Pensiones al que se encontraba afiliada.

Pese a lo anterior, al momento del traslado no tenía conocimiento de las consecuencias del traslado efectuado, tampoco tuvo la oportunidad de leer el formulario, aunque este fue diligenciado en forma libre y voluntaria; que empezó a recibir los extractos financieros a partir del 2008, sin embargo, no entiende la información que allí se registra; que para la fecha del traslado no le informaron y tampoco tenía claro los requisitos para acceder a la pensión, pero ahora ha investigado sobre este tema.

Tampoco le fue suministrada información respecto a qué ocurriría en caso de que falleciera, ni que tenía que contar con un capital mínimo para pensionarse, ni de qué se trataba la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva.

Del material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que este no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, pues pese a que de su declaración de parte se puede constatar que le informaron algunas de las características del RAIS, de dicho medio de convicción no es posible concluir una asesoría que diera cuenta de las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, y como quiera que no media otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la



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

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

Debe resaltarse que, la demandante, Nohora Irene Garzón Cubillos se encontraba vinculada al Fondo de Previsión Social de Notariado y Registro – Fonprenor, del cual era responsable la Superintendencia de Notariado y Registro a la fecha de su traslado al RAIS, por ello, debe precisarse que, existe una imposibilidad material en disponer un reintegro de los emolumentos a dicho fondo por su extinción material y, en la medida que la conclusión de restitución de los valores a Colpensiones, dimanaría como una consecuencia ineludible por mandato del artículo 4° del Decreto 2196 de 2009, al estatuir el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

(...)

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

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

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

DE LA IMPOSICIÓN DE CONDENA EN COSTAS A COLPENSIONES

Juzga conveniente recordar esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas



erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

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

De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que al no salir avante el recurso de apelación incoado por el apoderado de Colpensiones, surge en forma palmaria la condena en costas a cargo de la enunciada entidad en esta segunda instancia, al igual que a cargo de Porvenir y a favor de la demandante.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 24 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **NOHORA IRENE GARZÓN CUBILLOS** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.**, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.



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 las costas están a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor', written over a faint circular stamp.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández', written over a faint circular stamp.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir S.A., y Colpensiones y a favor de la demandante, NOHORA IRENE GARZÓN CUBILLOS en la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$600.000), a cargo de cada una de las entidades relacionadas.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **ANETA GUEORGUIEVA OKONOMOVA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los veintinueve (29) días del mes de octubre del año dos mil veintiuno (2021), el Magistrado sustanciador la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión, en atención a los parámetros dispuestos por el Gobierno Nacional en el Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020¹, así como las directrices del H. Consejo Superior de la Judicatura en los Acuerdos PCSJA20-11546 de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora ANETA GUEORGUIEVA OKONOMOVA solicita se declare que la AFP Porvenir está obligada a otorgar el derecho de libre elección de régimen pensional; que se declare que en caso de optar afiliarse a Colpensiones, la administradora Porvenir debe enviar los recursos acumulados al sistema general de pensiones; que Colpensiones debe validar las semanas de cotización.

Consecuencia de lo anterior, solicita la demandante se condene a Porvenir a conceder a la actora el derecho de retracto de la afiliación efectuada al RAIS y de esta manera se seleccione en forma libre el régimen más favorable; que se condene a Porvenir a notificar a la actora que esta tiene la posibilidad de retractarse de la decisión de afiliarse al RAIS; que la actora puede hacer uso de la cláusula de retracto; que se validen las semanas cotizadas por parte de Colpensiones; se condene a la AFP a pagar las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 3 a 6 de las diligencias, que en síntesis advierten, que nació el 21 de agosto de 1964 en Bulgaria, que en el año de 1999 se vinculó como docente en la Universidad de los Andes; que la actora no tenía conocimiento del funcionamiento de los fondos de pensiones en Colombia y se acercó a Porvenir para que la asesoraran; que no le fue brindada información amplia, suficiente y comparada sobre las reglas del RAIS; que el 28 de febrero de 2020 solicitó hacer uso de la cláusula de retracto de Porvenir a Colpensiones; que la entidad resolvió en forma desfavorable dichos pedimentos.



CONTESTACIÓN: La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, al contestar el escrito demandatorio sentó su oposición a todas las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que brindó información libre e informada sobre el funcionamiento del RAIS. Como **Excepciones**, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo CONT PORVENIR Rad. 2020-00219).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al considerar que la afiliación efectuada por la demandante es válida conforme al formulario suscrito ante el RAIS. Como medios **exceptivos**, propuso las de, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de la entidad, cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica (Fl. 1 Archivo CONTESTACIÓN 2020-219).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 2 de agosto de 2021, resolvió; **absolver** a las demandadas de las pretensiones incoadas por la demandante; **condenó** en costas a la



demandante; **ordenó** la consulta a favor de la actora en caso de no ser apelada.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...solicitar autorización mediante un proceso judicial, considera el despacho que no sería posible acceder en ese sentido, tampoco pudiésemos concluir sin haber sido solicitado además en la demanda con la ineficacia de la afiliación, pues ello implicaría retrotraer las cosas al estado en que se encontraban cómo lo ha dicho la Honorable Corte Suprema de Justicia en sus decisiones lo cual se reitera en el caso en estudio no sería posible por cuanto nunca ha estado o nunca ha efectuado el traslado de régimen pensional, nunca al haber seleccionado en forma inicial el demandante el régimen de ahorro individual con solidaridad y nunca haber pertenecido o haber estado vinculada al régimen de prima media, sumado a ello implicaría que la aquí demandante quedase desafiada del sistema de seguridad social en pensiones, siendo dicha situación violatoria de su derecho fundamental de la seguridad social de la señora Aneta.

Así las cosas, para el despacho no existen elementos de juicio que permitan establecer un dolo en los engaños para haber obtenido la afiliación de la señora demandante, por el contrario señala el despacho que estuvo de acuerdo con la información suministrada en su momento sin hacer uso de la posibilidad de retracto establecida en el formulario que ella misma suscribió por lo que no hay lugar a que se declare a qué tiene derecho a hacer uso de la cláusula de retracto establecida en el formulario de afiliación. En consecuencia, el despacho absolverá a la demandada de estas pretensiones...”

RECURSO DE APELACIÓN:

El apoderado de la parte **DEMANDANTE**, interpone recurso parcialmente frente a la absolución impartida por el A quo, al estimar que, se omitió valorar el interrogatorio de parte rendido por la demandante, quien informó que el formulario fue suscrito sin la presencia de un asesor de la entidad; que no le fue entregado el reglamento de la administradora, conforme a lo dicho por el representante legal de Porvenir y por tanto la actora no pudo elegir en forma libre el fondo al cual quería pertenecer; que se debe tener en



cuenta que la actora es extranjera; que no conocía los diferentes fondos de pensiones existentes en Colombia; que no se solicitó la ineficacia del traslado, sino que, se autorizara el derecho de escoger libremente el fondo al cual desea estar afiliada.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

La **demandante** a través de apoderado judicial solicita se revoque la sentencia, al considerar que, Porvenir debe dar la opción a la actora de elegir libremente régimen pensional y en tal sentido se debe dar dicha posibilidad a la demandante; que no le fue brindada una asesoría adecuada para elegir el ente de seguridad social al cual podía afiliarse; que se debe declarar la ineficacia de la afiliación y mantener los aportes hasta tanto la afiliada elija el régimen al cual desea permanecer.

El apoderado de **Colpensiones**, solicita que el fallo de primera instancia se confirme, al estimar que, la actora nunca se ha afiliado a la entidad y escogió en forma libre afiliarse a una AFP; que no es posible invertir la carga de la prueba ya que para la época de la afiliación no existía tal deber; que tiene un impedimento legal la demandante para trasladarse a Colpensiones; que no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco tiene una expectativa legítima para adquirir una pensión.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, reclama la confirmación de la sentencia de primera instancia, al no acreditarse ningún vicio del consentimiento para realizar el cambio de régimen; que se garantizó el derecho de retracto a la demandante y este no fue ejercido; que al momento de la



afiliación no se exigían cargas distintas a las exhibidas a la actora; que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las establecidas en la Ley 100 de 1993; que no se encuentra acreditado ningún presupuesto para declarar la ineficacia de traslado.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folio 50, en la que se dio respuesta a la solicitud de ejercer el derecho de retracto frente a la afiliación desfavorable el 2 de marzo de 2020 (fl. 59).

PROBLEMA JURÍDICO

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



AFP Porvenir S.A., está obligada a conceder el derecho de retracto a la demandante respecto de la afiliación efectuada en el año 1992, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

DERECHO DE RETRACTO

El apoderado de la parte actora funda su oposición a la sentencia de primera instancia, al considerar que, se estudió la demanda desde el punto de vista de la ineficacia del traslado y no conforme a las pretensiones incoadas en la demanda, por lo que, al analizar la demanda, se tiene que la señora Gueorguieva reclama el derecho de retracto a la afiliación efectuada en el año 1992 ante Porvenir.

Para resolver la dicotomía planteada, tenemos que, el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señala en forma categórica que,

“...b) La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente Ley...

...

e. Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada 3 años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional”

Dicha preceptiva legal fue modificada con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, que en su artículo 2, literal 3, exteriorizó que *“Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia*



de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

A su turno, el Decreto 1161 de 1994, el cual modificó el Decreto 692 de 1994, en su artículo 1 señaló que,

“Efectos de la afiliación. La afiliación a una administradora dentro del Sistema General de Pensiones, cuando se inicia una relación laboral, surtirá efectos desde la fecha en que se inicie dicha relación, siempre y cuando se entregue debidamente diligenciado el correspondiente formulario de que trata el artículo 11 del presente Decreto.

“Por su parte, la afiliación a una administradora dentro del Sistema General de Pensiones, durante la vigencia de la relación laboral, surtirá efectos desde el primer día del mes siguiente a aquel en que se efectuó el diligenciamiento del correspondiente formulario...”

En el artículo 3 de la preceptiva legal, se reglamentó que,

“Se entenderá permitido el retracto del afiliado en todos los casos de selección con el objeto de proteger la libertad de escogencia dentro del Sistema General de Pensiones, de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

Las personas que con anterioridad a la entrada en vigor del presente Decreto hubieren seleccionado expresamente un régimen de pensiones, podrán ejercer el derecho de retracto dentro de los quince (15) días hábiles a partir de la vigencia de éste. Dicho derecho deberá expresarse por escrito a la administradora o al empleador, según se trate de trabajador dependiente o independiente y dejará sin efectos la selección inicial. Este podrá utilizarse entre otros casos, en los siguientes:

...

En caso de retracto deberá darse aviso al empleador o a la administradora según sea el caso, con el objeto de que ésta traslade la correspondiente cotización.

Cuando las administradoras efectúen procesos de promoción, deberán informar de manera clara y por escrito a los potenciales afiliados el derecho a retractarse de que trata el presente artículo. ”



De las normas traídas a colación, se tiene que, existe un condicionamiento para efectuar su traslado a otro fondo de pensiones, que no es otro, que permanecer en el ente de seguridad social por un término de cinco años como mínimo y adicional a ello, que los afiliados no se pueden trasladar de sistema o de fondo cuando le faltare 10 años o menos para cumplir la edad legal para ser beneficiario de la pensión de vejez.

Ahora bien, tampoco es procedente ordenar u conceder el derecho de retracto de la afiliación efectuada por la señora Gueorguieva Ikonomova, por cuanto, tal situación solo se puede alegar dentro de los 5 días siguientes a la fecha en que efectuó la afiliación, que en el sub examine no es otra que, el 16 de octubre de 1999, conforme al certificado emitido por Porvenir S.A. (fl. 70 Archivo Cont Porvenir Rad. 2020-00219).

Luego entonces, para solicitar el retracto reclamado por vía judicial, la actora contaba hasta el 25 de octubre de la misma calenda, sin embargo, tal figura no fue reclamada dentro del enunciado término legal, conforme al haz probatorio allegado al cartulario.

Bajo los anteriores derroteros, considera la Sala que lo dicho por la demandante, respecto a la escasa información suministrada al momento de su afiliación a Porvenir, en este estadio procesal resultan superfluos dado que, se está alegando el derecho de libre escogencia y no la ineficacia del traslado. Por otro lado, en el interrogatorio de parte, la actora, señaló que, solo ha estado afiliada al RAIS y desea escoger entre los fondos privados y el RPM, para ver cuál de los dos sistemas le resulta más favorable.

Así las cosas, se verifica que Porvenir no suministró al momento de la



afiliación de la demandante una información completa y veraz sobre el régimen pensional, sin embargo, tampoco se pasa inadvertido que, la demandante nació el 21 de agosto de 1964 y por ello, a la presente calenda cuenta con 57 años de edad y en tal sentido, se encuentra inmersa en una prohibición legal para trasladarse de fondo o régimen, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 692 de 1994, luego entonces, se deberá confirmar la decisión emitida por el juzgador de conocimiento.

COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la demandante y a favor de Colpensiones y Porvenir S.A., dadas las resultas del recurso de alzada.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés (23°) Laboral del Circuito de Bogotá, en audiencia pública celebrada el 18 de agosto de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **ANETA GUEORGUIEVA OKONOMOVA** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

SEGUNDO. COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la parte demandante y a favor de las entidades demandadas.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

AUTO DE PONENTE

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la señora ANETA GUEORGUIEVA OKONOMOVA y a favor de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en la suma de CIEN MIL PESOS M/CTE (\$100.000), a favor de cada una de las entidades relacionadas.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS