



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril 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

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»



de 25 de abril, PCSJA20-11549 de 7 de mayo, PCSJA20-11556 de 22 de mayo y PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Juanita Alexandra Silva Téllez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.023.967.067 y tarjeta profesional 334.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora **CLAUDIA INÉS HERNÁNDEZ VILLAMIL** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del acto de afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir S.A., así como de los traslados horizontales efectuados dentro del RAIS; en consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla nuevamente como afiliada cotizante; se condene a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. a liberarla de sus bases de datos y devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y rendimientos que se hubieren causado; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. (folios 7 y 8).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 7, que en síntesis advierten que nació el 1º de enero de 1964; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS el 8 de enero de 1.988; que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. el 24 de octubre de 1995; que la AFP convocada le informó a través de su asesor que el ISS y Cajanal serían liquidadas, circunstancia que pondría en riesgo sus aportes, además, que en el RAIS podría pensionarse a una edad más temprana y a un monto superior al que recibiría en el RPM; que la AFP Porvenir



S.A. no le asesoró sobre las características propias del régimen al cual se estaba vinculando, como tampoco las ventajas y consecuencias que acarrearía el traslado de régimen pensional; que el 13 de mayo de 1997 se trasladó la AFP Colmena hoy Protección S.A., además, el 28 de marzo de 2011, se vinculó a la AFP Colfondos S.A., precisando que los formularios de afiliación no contienen información clara, precisa y suficiente que le permitiera tomar la mejor decisión respecto de su expectativa pensional; que ha cotizado un total de 1.209 semanas durante toda su vida laboral y que según proyección efectuada por la AFP Colfondos S.A., su prestación a los 57 años sería equivalente a \$1.274.393; que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado, lo cual fue despachado de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, no se allega al plenario prueba alguna que permita establecer la configuración de causales de nulidad, y como quiera que las mismas se encuentran taxativamente definidas en la ley, es potísimo probarlas para lograr su declaración, en virtud de los principios de comunidad de la prueba. Agrega que, en el caso, la demandante en uso de sus facultades de libre escogencia de régimen pensional, decidió trasladarse, por manera que no debe liberarse de las bases de datos que maneja la codemandada Porvenir S.A. y trasladar a Colpensiones el valor de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales y demás sumas contenidas en su cuenta de ahorro individual. **Excepciones:** Formuló como



medios exceptivos los que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 132 a 144).

A su turno, 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, el cual se solemnizó con la suscripción del formulario, generándose así un verdadero contrato, en virtud del cual surgieron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes. Agrega que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata 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. Concluye indicando que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS, no hace nula la afiliación de la convocante, dado que la misma se encuentra consagrada tanto en la Ley 100 de 1993 como en los Decretos Reglamentarios 1555 y 3099 de 2015. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa,



inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (fls. 168 a 181).

Por su parte, la demandada la **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, la demandante no aporta elemento de convicción que permita concluir que su traslado de régimen pensional se materializó con la existencia de vicio alguno que de lugar a la nulidad del acto jurídico, además, que la AFP cumplió con el deber de información que le era oponible, al realizar una asesoría clara, veraz y oportuna. Resalta que le indicó a la demandante sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital ahorrado en su cuenta individual, al igual que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta, que tendría derecho a bono pensional si había aportado 150 semanas dentro de los 3 años anteriores al traslado y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria; sumando que se le dieron a conocer los distintos beneficios que se encuentran establecidos en dicho régimen. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 223 a 249).



A su turno, la demandada la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, manifiesta que se allana a las pretensiones de la demanda en atención al artículo 98 del CGP, y solicita abstenerse de imponer costas en su contra. (fl. 257).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 25 de enero de 2021, resolvió **absolver** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Clara Inés Hernández Villamil y, **condenar en costas** a la parte demandante (CD a folio 272).

Lo anterior por considerar el *A quo* que de las acotaciones realizadas por la accionante en el interrogatorio de parte se logra entrever la existencia de diversas asesorías, a través de las cuales se informaron las características, opciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, todo de manera comparada, precisando que desde el plano legal no existía la obligación de hacer una proyección pensional y el hecho que se genere una eventual diferencia en la mesada en cada régimen, no implica per se una ineficacia del traslado; sumado que en el plenario no se constata la concurrencia de un vicio del consentimiento. De otro lado, precisó que en el caso de autos no es procedente admitir el allanamiento presentado por la



AFP Colfondos, dado que no se configuran los presupuestos que para el efecto han dispuesto los artículos 98 y 99 del CGP.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de alzada contra la **anterior determinación** aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, el Juzgado de Conocimiento dio por probada sin estarlo, la información clara, precisa y suficiente al momento de la vinculación, pues no se evidencia del interrogatorio de parte rendido por ella, que se le haya indicado las características, ventajas y desventajas que conllevaban el traslado de régimen pensional. Indica que aun cuando reconoció en su declaración que le fue manifestado que en el RPM se pensionaría a los 57 años y que su mesada pensional se liquidaría con el promedio de los últimos 10 años, ello resulta insuficiente, porque no se hizo mención de todas las formas de liquidación, como lo es el promedio de lo cotizado durante toda la vida, por vía del principio de favorabilidad, al igual que tampoco se le indicó que para acceder a una pensión en el RAIS a una edad más temprana debía cumplir con la condición de reunir un capital superior al necesario para pensionarse bajo la modalidad de renta vitalicia o con un valor equivalente al salario mínimo legal, e igualmente, no se le indicó que para ello debía efectuar aportes voluntarios. Agrega que la oferta de unos mayores rendimientos financieros cuando efectuó diferentes traslados horizontales, no lleva implícito el deber de información en los términos aducidos por la Corte Suprema de



Justicia, de suerte que en el *examine* no se refleja la debida asesoría o la re asesoría en todas las etapas de la afiliación, e igualmente, no se cumple con la carga dinámica de la prueba como lo establece el artículo 167 del CGP. Concluye indicando que fue clara en su interrogatorio, al indicar que sufrió engaño por parte del la AFP a la cual se vinculó por primera vez, porque todos sus ofrecimientos no fueron cumplidos.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: Este extremo peticiona la revocatoria del fallo de primera instancia, resaltando que la administradora de fondos de pensiones no informó de manera clara, precisa y suficiente las características, consecuencias, ventajas, y desventajas del cambio de régimen pensional como lo ha estipulado de forma pacífica la Honorable Corte Suprema de Justicia desde sentencias SL 31989, SL 31314 de 2008 y la SL 33083 de 2011; pues es la administradora del fondo de pensiones la experta en esta materia ya que tiene el carácter de financiera y está manejando recursos públicos y de la seguridad social. Añade que las sentencias enumeradas anteriormente son ratificadas nuevamente por la sentencia SL 12136 del 2014 de la honorable magistrada Elsy del Pilar Cuello Calderón, donde ha



manifestado que la eficacia del traslado se determina cuando se prueba la información clara, precisa y suficiente al momento de la vinculación, independiente de que sea beneficiaria de transición o tenga un derecho adquirido, e invierte la carga de la prueba a quien más se le facilita demostrar la información suministrada al momento de la afiliación, en este caso son las administradoras de fondos de pensiones. Concluye advirtiendo que está claro en este proceso que ni con las pruebas documentales aportadas en el cuerpo de la demanda, ni con los interrogatorios practicados, se ha desarrollado una actividad contundente que permita probar que la señora CLAUDIA INÉS HERNÁNDEZ VILLAMIL, recibió una completa, clara y suficiente información al momento de vinculación o traslado de régimen pensional.

Parte demandada: La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifiesta se ratifique el fallo de primera instancia, en la medida 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. De igual manera se procedió con los demás traslados horizontales. Indica que quedó probado dentro del proceso, que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones



que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad, sumando que acertó el Juzgador al valorar en debida forma lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte, en donde se acreditó que se le explicaron las características propias del régimen de ahorro individual, cumpliendo así la AFP con las obligaciones que, en materia de información, para la fecha existían.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, por manera que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse. Añade que, la demandante debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, de permanecer en el RAIS, este último en la cual se encuentra actualmente, conserva su posibilidad pensional. Aduce que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era



imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, se advierte la realización en debida forma conforme a la petición que obra a folios 60 y 61 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 y, en estricta consonancia con los



reparos invocados por la parte demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CLAUDIA INÉS HERNÁNDEZ VILLAMIL al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A.

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 del registro civil de nacimiento de la demandante (fl. 30); copia de la cédula de ciudadanía de la actora (fl. 31); formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (fl. 32 y 258); formulario de afiliación a la AFP Colmena hoy Protección S.A. (fl. 33 y 186); formulario de afiliación a la AFP Colfondos; derechos de petición elevados ante las AFP Porvenir, Protección, Colfondos y Colpensiones, junto con sus respuestas (fls. 35 a 65, 187 a 188 y 259 a 260); historia laboral expedida por la AFP Colfondos S.A. (fls. 66 a 68); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 69); expediente administrativo allegado por Colpensiones (Cd. a folio 151); historia laboral allegada por la AFP Protección (fls. 189 a 192); historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl. 194 y 251); constancia de traslado de aportes expedido por la AFP Protección (fls. 195 a 197); comunicados de prensa (fls. 202 a 203); historia laboral de la AFP Porvenir (fls. 252 a 256); certificado de afiliación expedido por



la AFP Porvenir (fl. 257) e interrogatorios de parte rendidos por la demandante y la representante legal de la AFP Porvenir S.A. (Cd. a folio 272).

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

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

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por



tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



definida a fin de formar un juicio imparcial y objetivo sobre las reales características, fortalezas y debilidades de cada uno de los regímenes pensionales, así como de las condiciones y efectos jurídicos del traslado.

En tal sentido, el párrafo 1.° 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900412 01 24

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900412 01 25

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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

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

Finalmente se acota, que la H. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela Rad. 106180 del 2 de



septiembre de 2019 y rad. 107988 de 12 de diciembre de 2019, dentro de asuntos de símiles contornos fácticos, donde se reclama vía de hecho por no accederse a la nulidad del traslado, ordenó el respeto al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 8 de enero de 1988 (folio 69), para luego trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. 24 de octubre de 1995 con efectividad al 1° de noviembre de esa anualidad (folio 33 y 257); luego se movilizó a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 13 de mayo de 1997 (fl. 33), donde permaneció hasta que gestó un traslado horizontal a COLFONDOS S.A. el 28 de marzo de 2011 (folio 34), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada y elevando cotizaciones al subsistema de seguridad social en pensiones (folios 66 a 68); 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. 32), 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 la demandante, este Juez Colegiado de segunda instancia, disímil a lo entendido por el *A quo*, no encuentra en su declaración parámetros que permitan concluir un conocimiento si quiera somero del régimen de ahorro individual para el momento del traslado inicial, adelantado por PORVENIR S.A.

Denótese como fue clara en manifestar que la asesoría entregada se ciñó al incremento de la mesada pensional por los rendimientos financieros y la crisis en que estaba sumergida el otrora Instituto de Seguros Sociales, al igual que la posibilidad de pensionarse de manera anticipada sin el cumplimiento de semanas mínimas y la opción de que sus beneficiarios heredaran sus ahorros, alusiones que lejos de presentar un panorama global de las características, ventajas y desventajas del RAIS, únicamente se concentraron en referirle beneficios que indujeron su traslado a ese sistema pensional. Máxime cuando, nada se le refirió en cuanto a la opción de efectuar aportes voluntarios, característica esta que resulta de vital importancia para efectos de obtener el capital necesario que permite acceder a un mejor monto pensional; empero, en



manera alguna da cuenta la convocante de un análisis particular de su situación pensional, de cara a demostrar los posibles riesgos de su movilidad. Resaltándose que, aunque refirió que le fue indicado que su pensión en el ISS sería liquidada con el promedio de los últimos 10 años y que accedería a ella a la edad de 57 años con una densidad de 1.300, semanas, lo cierto es que no se le explicó ampliamente todas las formas de liquidación incluyendo lo que se refiere a la tasa de reemplazo, y en todo caso, dichos requisitos aun no se encontraban vigentes a la fecha de traslado, ya que ellos fueron introducidos con la reforma que tuvo lugar con la Ley 797 de 2003, siendo evidente que sobre ellos se hizo referencia a una información distorsionada. (medio magnetofónico a folio 272).

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

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A. incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales de la demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiaria del régimen transicional reglado por el



artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o el cargo y profesión que desempeñaba; al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

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



«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

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

En igual sentido se emitirá orden de devolución de los gastos de administración, al ser la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo», y contar con el propósito final de la misma, a saber, lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión de la afiliada que retorna. Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia



rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

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

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

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

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

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

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Ahora, en lo referente a los demás vínculos suscritos en disimiles AFP, necesario es indicar que bajo los preceptos del artículo 1746 del Código Civil, uno de los efectos de la nulidad del nexo, es la de ser restituidos al estado en que se *«hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo»*, en esa medida, no puede acotarse la reafirmación del traslado sino la evidencia en la continuidad del error. A lo precedente se suma, que la



H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicaciones 31989 y 31314, ratificadas en sentencia del 22 de noviembre de 2011, indicó:

«Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales».

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

DE LA PRESCRIPCIÓN

Las entidades convocadas a la acción ordinaria laboral elevaron como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad. Agregando PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., que las normas que gobiernan el asunto atañen a las civiles.

Empero, 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, 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.

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

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

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



RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 25 de enero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 24 de octubre de 1995 con efectividad al 1º de noviembre de esa anualidad, por **CLAUDIA INÉS HERNÁNDEZ VILLAMIL** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a reintegrar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **CLAUDIA INÉS HERNÁNDEZ VILLAMIL**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales y sin efectuar descuento por gastos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a **COLPENSIONES**, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir nuevamente a **CLAUDIA INÉS HERNÁNDEZ VILLAMIL**, teniendo como semanas efectivamente cotizadas por la demandante, todas aquellas que en el periodo de ausencia por el acto nulo, logró cotizar.



37201900412 01 38

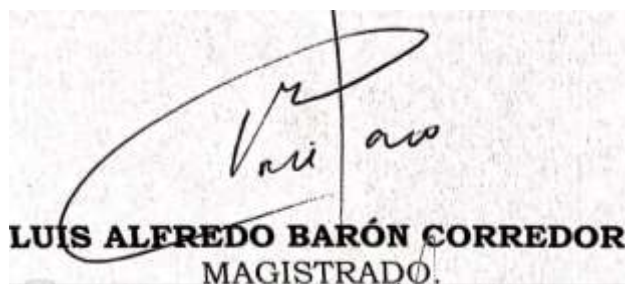
CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el A-*quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia 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 ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01¹

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **ARTURO MIRANDA BORRERO** CONTRA
**ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (Decreto No. 806 de
4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril 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

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»



37201900439 01²

2020; se corrió traslado a las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortíz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **ARTURO MIRANDA BORRERO** a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad del acto de afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Protección; en consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, bono pensional y demás sumas recaudadas durante toda su vinculación; se ordene a Colpensiones recibir la totalidad de lo ahorrado en su cuenta, junto con sus rendimientos, entidad que debe darle la oportunidad para



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01³

cancelar la diferencia, en caso que resulten inferiores al monto legal; se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor la pensión de vejez, a partir del día en que cumplió la edad; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho. (folios 17 y 18).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 3, que en síntesis advierten que nació el 6 de abril de 1961; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS el 16 de mayo de 1977; que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Colmena hoy Protección S.A., afiliación que tuvo efecto a partir del mes de agosto de 1994; que la AFP convocada lo indujo en error, pues logró su afiliación indicándole que el seguro social iba a desaparecer, sin que ninguna entidad respondiera por su pensión, sumado a que en el RAIS podría pensionarse de manera anticipada; que la entonces AFP Colmena nunca le informó sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, como tampoco le ilustró sobre los diferentes escenarios de pensión en cada uno de los regímenes pensionales; que no se le informó sobre el escenario que le sería más conveniente, pues aunque ocupaba el cargo de Técnico de Telecomunicaciones, no contaba con una formación académica específica respecto del tema de pensiones; que nunca se le indicó la posibilidad que tenía de retornar al RPM hasta antes de cumplir 52 años; que a pesar de cotizar durante 40 años, más de 1.300 semanas, la AFP convocada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01⁴

a juicio le informó que su monto pensional sería equivalente a \$2.200.000, el cual no se acompasa con el capital ahorrado; que solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, petición que fue despachada de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que, conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, el traslado efectuado por el actor goza de plena validez, amén que el afiliado no puede retornar al RPM cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Agrega que conforme al artículo 107 de la Ley 100 de 1993, es improcedente la solicitud de traslado entre regímenes pensionales y entre diferentes administradoras del Sistema General de Pensiones cuando el afiliado haya adquirido o recibido la devolución de saldos. Concluye indicando que el demandante no acredita la frustración de una expectativa legítima, ni tampoco la concurrencia de un vicio del consentimiento, ni mucho menos que haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fl. 53 a 63).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01⁵

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra al considerar en esencia que, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, el cual se solemnizó con la suscripción del formulario, generándose así un verdadero contrato, en virtud del cual surgieron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes. Agrega que el actor tuvo suficiente ilustración para que optara por el traslado de régimen, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Concluye indicando que el actor puede trasladarse de régimen en cualquier tiempo, al cumplir lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010, no existiendo de esta manera razón para la interposición de demanda y mucho menos para la declaratoria de la nulidad o la ineficacia perseguida.

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe, indebida reclamación administrativa y la innominada o genérica. (fls. 77 a 88).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01⁶

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 3 de marzo de 2021, resolvió **absolver** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por ARTURO MIRANDA BORRERO y, **condenar en costas** a la parte demandante (CD a folio 136).

Lo anterior por considerar el *A quo* que si bien de las acotaciones realizadas por el accionante en el interrogatorio de parte se logra entrever que fue informado sobre distintas características del RAIS, como la existencia de la pensión anticipada, la titularidad de una cuenta de ahorro individual que genera rendimientos y el bono pensional, lo cierto es que nada se le indicó sobre el régimen de transición del cual era beneficiario, al contar con 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994, por manera que en principio no se evidencia el cumplimiento del deber de información en los términos definidos por la ley y la jurisprudencia. Empero, precisa que se evidencian actos de relacionamiento que permitieron superar esa omisión en la que incurrió la AFP, dado que hacia el año 2013, data en la cual el actor aun podía retornar al RPM, recibió una re asesoría por parte de Protección, en la que se le definió que su medada pensional en el RAIS sería inferior a la que le correspondería en Colpensiones, y aun así decidió permanecer el afiliado en la AFP llamada a juicio, ratificando su voluntad de pertenecer al RAIS, por manera que las pretensiones carecen de visos de prosperidad, precisando el Juzgado que se separa de lo definido por la



37201900439 01⁷

Sala permanente de la Corte Suprema de Justicia y acoge lo que sobre los actos de relacionamiento definió la Sala de Descongestión en la sentencia SL3752-2020.

CONSULTA

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

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: El apoderado del demandante al descorrer el traslado otorgado, indica que la autoridad judicial de primera instancia, desacertó y omitió que el fondo, no brindó una real y verdadera información al convocante que le permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. Indica se debe dar aplicación a lo dicho por la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala Laboral en las sentencias STL 3382- 2020 y STL3187-2020, de cuyo contenido se puede colegir que se da la ineficacia del traslado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01⁸

cuando la entidad demandada no demuestre que brindó información detallada y suficiente al afiliado en el momento en que este suscribió el respectivo formulario, lo cual igualmente encuentra respaldo en las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020, decisiones en las que se precisó que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar información a los afiliados, y el cumplimiento de dicha obligación 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. Es por ello, que solicita revocar la decisión impugnada y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, manifestó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, por manera que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse. Añade que, el demandante debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, de permanecer en el RAIS, este último en la cual se encuentra actualmente, conserva su posibilidad pensional. Aduce que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia



al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

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 de la documental obrante en el expediente administrativo contenido en el medio magnetofónico visible 70 del paginario.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por



el Juzgador de primera instancia, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del actor, 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 ARTURO MIRANDA BORRERO al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

Del mismo modo, y de resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si hay lugar a reconocer a favor del actor la pensión de vejez desde la fecha en que cumplió con el requisito de edad.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 22); resumen de cuenta de ahorro individual expedido por la AFP Protección S.A. (fls. 23 a 32 y 93 a 120); historia laboral emitida por Colpensiones (fl. 33 a 36); comunicación emitida por la Policía Nacional (fl. 37 a 38); certificado de información laboral formato 1 (fl. 39); comunicación emitida por Colpensiones (fl. 40 a 41); expediente administrativo del convocante (Cd. a folio 70); historial



de vinculaciones expedido por Asofondos (fl. 91); formularios de afiliación a la AFP IGN y a la AFP Protección (fls. 89 a 90); resumen de historia laboral para bono pensional (fl. 92); formato de reasesoría pensional (fl. 121 a 124); comunicación expedida por la AFP Protección (fl. 125), comunicados de prensa (fls. 126 a 128) en interrogatorio de parte rendido por el convocante (medio magnetofónico a folio 224).

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

37201900439 01¹²

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**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01¹³

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01¹⁴

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:



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01¹⁵

«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,



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01 16

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01¹⁷

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

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

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

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

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

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

La Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010 supusieron un avance significativo en la protección de los usuarios financieros del sistema de seguridad social en pensiones. Primero, porque reglamentaron ampliamente los derechos de los consumidores, con precisión de los principios y el contenido



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01 18

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01¹⁹

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01²⁰

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

37201900439 01²¹

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01²²

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 alcances 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01²³

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-



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01²⁴

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01²⁵

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01²⁶

de haberse trasladado de régimen de manera libre y voluntaria es suficiente para la validez del acto; (iii) al invertir la carga de la prueba en disfavor del demandante; y (iv) al restringir el alcance de la jurisprudencia de esta Corte a los eventos en que existe un perjuicio inmediato».

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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de mayo de 1977, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita a folio 33 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Protección S.A., el 28 de junio de 1994, según se constata del formulario de afiliación que obra en el expediente (fl. 90); luego, se movilizó a ING PENSIONES Y CESANTÍAS el 8 de septiembre de 2010 (fl. 89), hoy por fusión PROTECCIÓN S.A. (Folio 91) 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01 ²⁷

TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP PROTECCIÓN S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 90), 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 si bien el demandante indicó que se le suministró información sobre algunas características del RAIS, como la existencia de una cuenta de ahorro individual, en donde se depositaría su dinero, el cual reportaría unos rendimientos, al igual que de ellos dependería el monto de su pensión, junto con la posibilidad de realizar aportes voluntarios y la existencia de la figura del bono pensional, lo cierto es que de su declaración no puede advertirse asesoría sobre la pérdida del régimen de transición que ostentaba, tampoco información relativa al RPM que dejaba atrás, ni un análisis particular de la situación pensional de MIRANDA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01 ²⁸

BORRERO, de cara a demostrar los posibles riesgos de su movilidad.
(medio magnetofónico a folio 224).

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01 ²⁹

Circunstancia que por demás, no se puede entender superada con la reasesoría pensional que recibió el demandante el 1° de abril de 2013, que obra a folios 121 a 123, contrario a lo concluido por el A Quo, en tanto que conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, sentado en su Sala de Casación, brindar el servicio de reasesoría no sana el incumplimiento de la administradora de pensiones de su deber de información, entre otras cosas, porque la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, dado que un dato sólo es relevante y útil si es oportuno, tal como lo expresó en la sentencia SL1688-2019.

Amén que, una vez revisado el formato de reasesoría que suscribió el demandante, se observa que el ejecutivo de la AFP llamada a juicio le indicó que le conviene económicamente permanecer en Protección S.A., lo cual evidencia la falta de claridad en dicha asesoría para con el accionante, pues ello no resulta coherente con la proyección anexa (fl. 123), la cual tampoco contiene la firma del actor, situación que lleva a pensar que no fue puesta de presente al señor MIRANDA BORRERO, quien en su interrogatorio afirmó que en esa oportunidad se le manifestó que su mesada pensional en el RAIS sería equivalente a unos \$7.000.000, mientras que en el RPM oscilaría entre \$5.000.000 y \$5.500.000.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01³⁰

Por manera que no se comparte, la posición asumida por el Juzgado de Conocimiento, quien concluyó que a través de la reasesoría referenciada, entendida como un acto de relacionamiento, se entienden cumplidas las obligaciones de la administradora de fondos de pensiones llamada a juicio, para con el convocante.

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

«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Por lo anterior, se revocará la sentencia de primera instancia, para en su lugar declarar la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad del demandante, debido a la falta de información respecto de éste, sin que la vinculación que alguna vez



tuvo con el RAIS surta algún efecto, teniendo entonces como única vinculación válida y que produce efectos jurídicos la realizada al otrora Instituto de Seguros Sociales.

En igual sentido se emitirá orden de devolución de los gastos de administración, al ser la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar «a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo», y contar con el propósito final de la misma, a saber, lograr la equivalencia entre lo percibido por objeto de cotizaciones y el monto que debe recibir Colpensiones con ocasión del afiliado que retorna. Lo anterior, también ha sido objeto de pronunciamiento por la H. Corte Suprema de Justicia, que en sentencia rad. 37989 del 9 de septiembre de 2008, con ponencia del H. M. Dr. Eduardo López Villegas, indicó:

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900439 01³²

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

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

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

DE LA PRESCRIPCIÓN

Las entidades convocadas a la acción ordinaria laboral elevaron como medio exceptivo la nominada prescripción, invocando para el efecto el amplio trascurso del tiempo entre aquel momento de la suscripción del formulario y la solicitud de nulidad. Agregando PROTECCIÓN S.A., que las normas que gobiernan el asunto atañen a las civiles.

Empero, 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, 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 PROTECCIÓN S.A., aún permea los derechos pensionales del reclamante.

Dimanado en la no declaratoria del medio exceptivo referenciado.

DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Efectuado el anterior estudio, es del resorte de esta Corporación proceder a corroborar si el demandante reúne los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, dado que así lo deprecia en el *libelo demandatorio*.

Con tal propósito, pertinente resulta indicar en primer lugar que, aun cuando el actor ostentaba la calidad de beneficiario del régimen de transición al acreditar al 1º de abril de 1994, más de 15 años de servicios o 790 semanas como se constata a folio 93, lo cual se prorrogó a su favor hasta el año 2014, en virtud del Acto Legislativo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01 ³⁴

001 de 2005, lo cierto es que el derecho pensional no pudo consolidarse por esa vía y en aplicación de la aplicación anterior, dado que la edad mínima exigida tanto por el Acuerdo 049 de 1990, como por la Ley 71 de 1988, es decir, 60 años, fue cumplida por el actor cuando ya había expirado el beneficio transicional, y en específico, el 6 de abril de 2021, según da cuenta su cédula de ciudadanía, documental que establece como fecha de nacimiento el mismo día y mes del año 1961 (fl.22).

Por manera que habrá de verificar la Sala si el derecho pensional anhelado se encuentra causado a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, normatividad que exige como requisitos para acceder a la pensión de vejez, acreditar 60 años de edad si es hombre o 55 años de edad si es mujer y haber cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo, no obstante, a partir del 01 de enero de 2005 el número de semanas se incrementara en 50 y a partir del 01 de enero de 2006 se incrementara en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015 y en lo que atañe a edad, a partir del 2014, la misma se incrementara a 57 años si es mujer o 62 si se es varón.

Al descender al caso puesto en conocimiento de la Sala, se reitera que el demandante nació el 6 de abril de 1961, lo que implica que a la fecha no ha cumplido la edad mínima de pensión, pues aun no cuenta con 62 años, de lo que se sigue que aun no tiene derecho a la



prestación que reclama, muy a pesar de completar 2.046 semanas, como informa el reporte visible a folios 93 a 111 del informativo.

Por manera que no habrá de imponerse condena a título de pensión de vejez, en contra de Colpensiones, como quiera que el señor ARTURO BORRERO, a la fecha no ha cumplido las exigencias mínimas para el efecto, y en específico la edad mínima.

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

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

R E S U E L V E

PRIMERO: REVOCAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 3 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, para en su lugar, **DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado realizado el 28 de junio de 1994, con efectividad el 1° de julio de esa anualidad, por **ARTURO**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900439 01³⁶

MIRANDA BORRERO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado a través de la afiliación a la administradora de fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a reintegrar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **ARTURO MIRANDA BORRERO**, como cotizaciones, rendimientos financieros, sumas adicionales y sin efectuar descuento por gastos de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

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

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: ABSOLVER a **COLPENSIONES** de la pensión de vejez anhelada por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *A-quo*, para que en su lugar lo estén a cargo de PROTECCIÓN S.A. y



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

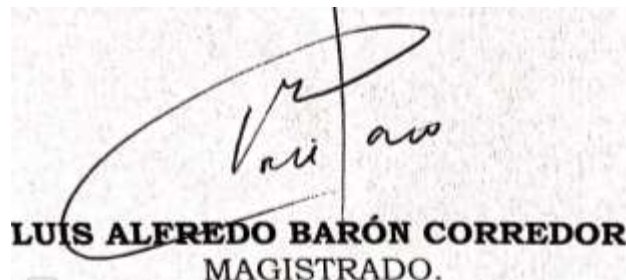
37201900439 01³⁷

COLPENSIONES, tásense en primera instancia. Sin costas en esta instancia dado el resultado de la alzada.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



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

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril 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

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»



las partes en segunda instancia quienes tuvieron la oportunidad procesal de pronunciarse.

A U T O

Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Juanita Alexandra Silva Tellez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.023.967.067 de Bogotá y tarjeta profesional 334.300 del C.S. de la J., para que actúe en representación de la AFP Porvenir S.A.

Igualmente, conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz** identificada con cedula de ciudadanía No. 31.486.436 de Yumbo y tarjeta profesional 303.924 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo.

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

S E N T E N C I A

DEMANDA: El señor **JAIRO DE JESÚS GONZÁLEZ BALLESTEROS** a través de apoderada judicial, pretende se declare la nulidad e ineficacia del acto de afiliación efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que realizó a la AFP Porvenir, y posteriormente, a la AFP



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 3

Protección, ante el incumplimiento del deber de información; en consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, bonos y títulos pensionales a los que hubiere lugar; se condene a Colpensiones a activar su afiliación en pensión y recibir la totalidad de los aportes, incluidos rendimientos, bonos y títulos pensionales; se condene a lo que resulte probado ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho. (folios 4 y 5).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4, que en síntesis advierten que nació el 23 de octubre de 1954; que se afilió al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS el 14 de junio de 1984; que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. el 24 de marzo de 2000, para lo cual se le informó por parte del respectivo asesor que el ISS iba a desaparecer, y que por tal razón, sus aportes en dicha entidad se encontraban en riesgo, amén que en el nuevo régimen podría obtener una pensión mayor y no tendría problemas de retrasos en los pagos de la prestación; que la AFP Porvenir no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente, ni le suministró información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, a fin de prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen pensional; que por su parte, la AFP Santander hoy Protección no le informó sobre la posibilidad del retronar al RPM antes de cumplir 52 años, no le efectuó proyección pensional, ni tampoco realizó ninguna



gestión tendiente a brindarle una re asesoría, a fin de determinar su conveniencia o inconveniencia de permanecer en el RAIS. Agrega que se presenta una diferencia entre la mesada pensional que le corresponde en el RAIS y la que le correspondería en el RPM; que solicitó a las demandadas la anulación de su afiliación a las AFP y la activación de su vinculación a Colpensiones, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable por las encartadas.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que el demandante no acredita la frustración de una expectativa legítima, ni tampoco la concurrencia de un vicio del consentimiento, ni mucho menos que haya sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aun cuando permaneció en el RAIS sin manifestar ninguna inconformidad, afianzando su decisión de permanecer vinculado a este. Concluyendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por decisión propia, como lo demuestra su firma en el formulario de afiliación de la AFP Porvenir, administradora respecto de la cual le corresponde al actor desvirtuar su buena fe. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 129 a 140).



A su turno, 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, el cual se solemnizó con la suscripción del formulario, generándose así un verdadero contrato, en virtud del que surgieron derechos y obligaciones en cabeza de ambas partes. Agrega que el actor se encuentra inmerso en la prohibición de que trata 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. Concluye indicando que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS, no hace nula la afiliación de la convocante, dado que la misma se encuentra consagrada tanto en la Ley 100 de 1993 como en los Decretos Reglamentarios 1555 y 3099 de 2015. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la proyección pensional realizada por la parte demandante no constituye prueba de la diferencia en el monto de la pensión, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta



los derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica. (fls. 148 a 159).

Por su parte, la demandada la **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 demandante no aporta prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional; sumando a ello que, cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado horizontal (1° de septiembre de 2002), contenido en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Resalta que en todo caso, en el *examine* tendría lugar la nulidad relativa, dado que se argumenta la existencia de un vicio en el consentimiento, que ya se encuentra ratificado no solo por el paso del tiempo, sino también por el traslado horizontal, situación que ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia como un acto de relacionamiento. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 202 a 227).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 3 de marzo de 2021, resolvió **declarar** la ineficacia del traslado que



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 7

efectuó el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A. de fecha 24 de marzo de 2000, estableciendo que la afiliación válida del convocante corresponde al RPM; **condenar** a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con bonos pensionales y rendimientos financieros; **condenar** a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional del convocante y aceptar los valores que remita la AFP Porvenir S.A.; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; **condenar** en costas a cargo de Porvenir y Protección, **sin costas** en contra de Colpensiones; **compulsar** copias con destino a la Fiscalía General de la Nación para que investigue los hechos narrados por el actor, relacionados con la posible suplantación de su firma y los efectos legales que de allí se predicen (CD a folio 305).

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 las 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 las AFP convocadas hayan 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, los cual cobra la mayor relevancia en su caso particular, dado que a la fecha del traslado al RAIS aquel contaba con un número considerable de semanas de cotización, en específico



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

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** interpuso **recurso de alzada contra la anterior determinación** aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, si bien la Corte Suprema de Justicia ha impuesto el deber del buen consejo por parte de las administradoras de fondos de pensiones, lo cierto es que los afiliados tienen ciertas obligaciones que deben atender, máxime que la información de la cual se duele el demandante no le fue suministrada, se encuentra contenida en la Ley 100 del 1993. En ese orden, adujo que se debe revisar el material probatorio, porque de él no se constatan las circunstancias que definen las sentencias SL2382 del 2020, SL 1452 del 2020 y SL3187 del mismo año, evidenciándose que el único motivo de descontento del actor radica en el monto final de su mesada pensional, factor variable en el RAIS, situación que no es determinante para invalidar el acto libre y voluntario, suscrito y ratificado por este, ante la falta de satisfacción de sus expectativas en relación con el capital ahorrado; agregando que las manifestaciones hechas por las AFP demandadas al actor no constituyen falsedades. Concluye indicando que en caso de mantener incólume la decisión del Juzgado de Conocimiento en relación con la ineficacia de traslado, se debe acoger en su totalidad el precedente, en el sentido de condenar a la administradora actual del demandante a



devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, porque desde el nacimiento del acto ineficaz esos recursos deben ingresar a COLPENSIONES como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia.

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: La apoderada del demandante al descorrer el traslado otorgado, indica que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna, en el momento previo a su traslado de régimen pensional. Añade que la Corte Suprema de Justicia ha sido desarrollado una línea jurisprudencial, sostenida y pacífica durante la última década en lo que se refiere a las obligaciones de información en cabeza de los fondos de pensiones, y se ha hecho precisión frente a la evolución de este deber en materia legislativa, así entonces, se ha definido la carga probatoria dentro de los procesos en que se discute el incumplimiento de dicho deber y las consecuencias que se desprenden de la omisión de los deberes en cabeza de los fondos de pensiones. Señala que los fondos de pensiones desde su creación tuvieron plena libertad en establecer la manera en



que se documentaban las asesorías que estaban a su cargo, sin embargo, decidieron no guardar ningún tipo de registro de sus campañas comerciales de afiliaciones y se limitaron a diligenciar formatos pre determinados que, no tienen la capacidad de demostrar plenamente que en efecto el fondo hubiese dado cumplimiento de manera eficiente a su deber de brindar información y asesoría, como lo ha asegurado en la contestación de su demanda y en los argumentos que presentó como sustento de su recurso de apelación.

Parte demandada: La apoderada de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita la revocatoria del fallo impugnado, aduciendo que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con mucha posterioridad. Señala que el demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó a PORVENIR, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Es decir, que el demandante no



contaba con ningún limitante para retornar al RPM 3 años después de realizada la vinculación con Porvenir, no obstante, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria. Concluye indicando que la inconformidad del demandante con el Régimen de Ahorro Individual se derivada del monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad del demandante, en tanto que las prestaciones que se reconocen en uno y otro régimen no son comparables, pues si bien su finalidad en ambos casos es garantizar el amparo de las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte mediante el reconocimiento de pensiones, cabe señalar que en el RPM los afiliados obtienen prestaciones económicas cuyas condiciones y montos se encuentran definidos en la ley, contrario al RAIS en donde las mismas se reconocen dependiendo única y directamente de los valores ahorrados y aportados por los afiliados en su respectiva cuenta individual.

A su turno, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, manifestó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, por manera que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse. Añade que, el demandante debe demostrar en la demanda la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, de



permanecer en el RAIS, este último en la cual se encuentra actualmente, conserva su posibilidad pensional. Aduce que tampoco se demuestra vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe en el momento en que se afilia al Régimen de Ahorro Individual, como se alega en la demanda, además para el momento de la afiliación era imposible predecir los Ingresos Base de Cotización sobre los cuales cotizaría en los próximos años y calcular una futura mesada pensional real en el momento de la afiliación, pues los ingresos económicos podrían variar en relación a los reportados en su Historia Laboral hasta esa fecha.

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

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

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento con la presentación de la demanda, dado que no obra solicitud de nulidad o ineficacia del traslado elevada ante Colpensiones.



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, el recurso de apelación propuesto y en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido 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 JAIRO DE JESÚS GONZÁLEZ BALLESTEROS al régimen de ahorro individual administrado por EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CARGA PROBATORIA Y DEBER DE INFORMACIÓN

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía del demandante (fl. 14); formularios de afiliación a las AFP Porvenir S.A. y Santander hoy Protección S.A. (fls. 41 a 42, 60, 169 y 167); historia laboral emitida por Colpensiones (fls. 43 a 45); historia laboral expedida por la AFP Protección S.A. (fls. 46 a 49 y 172 a 179); comunicación expedida por Protección S.A. (fls. 50 a 51); cálculo pensión de vejez en RPM (fl. 52); solicitudes elevadas ante



Protección, Porvenir y Colpensiones, junto con sus respuestas (fls. 53 a 59, 63 a 65 y 165 a 166); resumen de historia laboral para bono pensional (fls. 61 a 63, 170 a 171 y 271 a 281); comunicación emitida por Colpensiones (fl. 40 a 41); solicitud elevada ante la Superintendencia Financiera de Colombia (fls. 6 a 71); expediente administrativo del convocante (Cd. a folio 147); historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fls. 169 y 228 a 231); estado de cuenta expedido por Protección (fls. 180 a 182); comunicados de prensa (fls. 183 a 185 y 290 a 292); historia laboral expedida por Porvenir S.A. (fls. 232 a 269); certificación expedida por la AFP Porvenir S.A. (fl. 270); historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. (fls. 282 a 286); e interrogatorio de parte rendido por el convocante (medio magnetofónico a folio 305).

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 16

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 19

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 20

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 21

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 22

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 23

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

37201900496 01 24

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900496 01 25

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 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

37201900496 01 26

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

37201900496 01 28

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

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

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

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

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

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

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

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



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

AFILIACIÓN COTIZACIÓN Y TRASLADO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de junio de 1981, tal como se advierte de la historia laboral emitida por Colpensiones y que milita en el expediente administrativo (Cd. a folio 147), para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 24 de marzo de 2000, según se constata del formulario de afiliación que obra en el expediente (fl. 41); luego, se movilizó a la AFP Santander hoy Protección S.A. el 28 de agosto de 2003 (fl. 42), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado al subsistema de seguridad social en pensiones, siendo importante advertir que si bien este indicó en su interrogatorio de parte que la firma impuesta en su formulario de afiliación no corresponde a la suya, la Sala no hará ninguna consideración al respecto, dado que no se formuló la tachá por falsedad en el momento procesal oportuno, máxime que sobre dichos supuestos fácticos no existe discusión en esta segunda instancia.



TEORÍA DEL CASO

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP PORVENIR S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 41), 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 según su dicho solo se le indicó por el asesor de la AFP Porvenir, que el ISS iba a desaparecer y que sus aportes se encontraban en riesgo, por manera que le sería más beneficioso trasladarse al RAIS administrado por dicha sociedad (medio magnetofónico a folio 305).

Por manera que, la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., incurrió en una falta a su deber de información, perjudicando así las condiciones pensionales del demandante, sin que para ello resulte relevante si era o no beneficiario del régimen transicional reglado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, o el cargo y profesión que



desempeñaba; al ser su obligación suministrar la globalidad de datos al momento de la afiliación, sin omitir ninguno (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora, entre muchas.

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

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



«... la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Ahora, ante la ausencia de disposición en la sentencia de primera instancia respecto a la imposibilidad de realizar descuentos de las cotizaciones, como gastos de administración de la cuenta individual de JAIRO DE JESÚS GONZÁLEZ BALLESTEROS, se adicionará la sentencia en la medida que tal consecuencia es la materialización del precepto legal del artículo 1746 del Código Civil, que enseña como efectos de la declaratoria de nulidad el dar *«a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo»*.

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

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



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

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

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

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

(...)» (Aparte resaltado de la Sala)

Motivo por el cual, se *itera*, se adicionará la determinación en lo relativo a la devolución íntegra de todas las sumas percibidas.

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 por la adición de la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en audiencia pública virtual celebrada el 3 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, en el sentido de **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A.** que traslade la totalidad de dineros, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración, conforme a lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

TERCERO: COSTAS. Se confirma la decisión que sobre costas impartió el *A quo*. En esta segunda instancia sin costas por la adición de la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

37201900496 01 35

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara Voto

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ DARY CAMACHO RIASCOS** CONTRA **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de abril 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.

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

SENTENCIA

DEMANDA: La señora **LUZ DARY CAMACHO RIASCOS** a través de apoderada judicial, pretende se declare la ilegalidad de su despido por cuanto tuvo lugar cuando gozaba de la estabilidad laboral reforzada según sus condiciones de salud y al desconocerse su derecho al debido proceso; como consecuencia de lo anterior, se condene al reintegro en un cargo de igual o mejor categoría al que ostentaba a la fecha del despido, junto con el pago de salarios y aportes a seguridad social desde el momento de la terminación y hasta que retorne a sus funciones; así como al pago de la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, pretende se declare que el contrato de trabajo celebrado con la demandada, finalizó por decisión sin justa causa y con desconocimiento del derecho al debido proceso; en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, junto con la indemnización moratoria, aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones y en salud, perjuicios morales y materiales, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho, folios 3 y 4.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 4 a 8 del diligenciamiento, que en síntesis indican que, prestó sus servicios a favor de la demandada desde el 3 de junio de 2014, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, en el cargo de Técnico Mecánico C, devengando una remuneración de \$1.200.000. Aduce que el 22 de mayo de 2014 le fue realizado el examen médico ocupacional, en el cual se estableció que era apta con limitaciones o enfermedades que no afectaban su desempeño laboral; que desde el mes de octubre de 2017 comenzó a asistir al médico por problemas lumbares que se generaron en un partido de fútbol; que el 14 de diciembre de 2017 le



fue realizada Resonancia Magnética de Columna Lumbosacra, en la que se determinó una Osteocondritis Intervertebral L4-L5 y L5-S1, al igual que hernias extruidas que se ponen en contacto con el contorno ventral del saco dural, en L4-L5. Añade que le fue diagnosticada Obesidad Morbida, por lo que el 27 de octubre de 2017 inició los trámites para cirugía y fue remitida a psiquiatría, endocrinología y grupo de cirugía bariátrica, siéndole ordenado control en 6 meses; que pese a sus problemas lumbares los médicos determinaron que los mismos no debían tener manejo quirúrgico, en tanto debía inicialmente bajar de peso, siendo su diagnóstico Lumbago no especificado, lo cual era del conocimiento de sus superiores, sumando que las terapias y citas médicas fueron programadas fuera del horario laboral, con el fin de no solicitar permisos a la demandada.

Señala que el 17 de enero 2018 fue llamada a descargos por los hechos ocurridos el 24 de diciembre de 2017, y en particular, por operar un móvil presuntamente sin autorización de su jefe inmediato, con el consecuente impacto en este y la máquina de lavado, que ocasionó el desprendimiento de esta y vencimiento de los panorámicos delanteros del vehículo. Añade que el mismo día en que fue citada a descargos, tuvo un accidente laboral, que fue reportado ante la ARL SURA, y en virtud del cual le fue expedida incapacidad por 3 días, retornando a sus actividades ocupacionales el 20 de enero de 2018; que el 23 de enero de 2018 la ARL en mención determinó que su accidente lo fue de origen común y remitió su revisión y tratamiento a su EPS. Indica que el 29 de enero de 2018, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo aduciendo justa, la cual soportó en los hechos ocurridos el 24 de diciembre de 2017. Concluye señalando que entre los meses de enero y febrero acudió a terapias físicas y que el 31 de mayo de 2018 fue llevada a cirugía bariátrica, además, en la actualidad se encuentra bajo control médico, sin empleo y con dolencias a causa de hernias discales.



CONTESTACIÓN: La demandada **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.** manifestó su oposición a las pretensiones incoadas en su contra, por considerar que el amparo que establece la Ley 361 de 1997, consiste en que no puede terminarse el contrato de trabajo de un empleado discapacitado, sin que media autorización del Ministerio del Trabajo, presupuestos que no se configuran en el presente asunto, como quiera que en primer lugar, el vínculo laboral la accionante terminó con justa causa a ella imputable, y adicionalmente, tal como se desprende de las pruebas documentales, la misma no cuenta con una pérdida de capacidad laboral calificada, amén que nunca tuvo un grado de afectación serio a su salud, ni presentó incapacidades prolongadas.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los titulados existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo de la demandante, calificación de falta grave por los contratantes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, enriquecimiento sin causa de la demandante, buena fe de la demandada, mala fe de la demandante, prescripción y la genérica (folios 291 a 340).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 1° de marzo de 2021, resolvió **absolver** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora; **declarar** probadas las excepciones de existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo de la demandante e inexistencia de las obligaciones y **condenar** en costas a la demandante (Archivo de audio 1 carpeta 15 del expediente digital).

Lo anterior por considerar el *A quo*, que pese a la existencia de la patología que aqueja a la demandante, lo cierto es que aquella no afectó el desarrollo



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

de sus funciones dentro del marco de la relación laboral sostenida con la demandada, aunado a no presentar incapacidades, y si bien presentó un accidente de trabajo calificado como no laboral, que ocurrió en fecha cercana al finiquito, lo cierto es que para tal data la actora ya había sido citada a los respectivos descargos. Sobre las pretensiones subsidiarias, señaló que a la demandante se le respetó el debido proceso cuando fue despedida, por cuanto se le llamó a rendir los descargos y se le indicó que podía comparecer asistida de dos compañeros y de un abogado, diligencia en la cual aceptó la comisión de la falta que se encontraba catalogada como grave por el empleador, según se vio del contrato de trabajo y del Reglamento Interno, y que le fuere comunicada en la carta de despido, precisando que en ejercicio de la facultad subordinante, el empleador no está obligado a imponer sanciones en vez de decidir sobre un despido.

RECURSO DE APELACIÓN: La parte DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación aduciendo en síntesis como motivos de reparo, que el Juzgado de Conocimiento no tomó en consideración la historia clínica obrante en el proceso, dado que aun cuando en el *examine* no se acredita una pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que fue despedida, lo cual le impidió continuar con su tratamiento médico. Agrega que conforme a la Corte Constitucional para que opere el fuero estabilidad basta con que se pruebe una condición de salud que impida una dificultad sustancial en el desempeño de las funciones por parte del trabajador, lo cual se encuentra probado en el *subjudice*, al padecer una patología lumbar que le afectaba directamente el desarrollo de sus actividades laborales, que presentó una evolución profunda en el año 2018 y que le ha impedido reubicarse laboralmente, siendo su única fuente de sustento la venta de tintos en un portal del Transmilenio. En ese orden, insiste en que el empleador debió solicitar el aval del Ministerio del Trabajo, dado que su despido fue sin justa causa, desproporcional e incoherente, ya que el hecho de operar un vehículo sin autorización, fue una situación que había ocurrido con anterioridad, hacia el año 2015, respecto de la cual el empleador únicamente resolvió imponer



una sanción, de manera que en esta última oportunidad debió proceder de la misma manera.

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: Reclama este extremo procesal se continúe con la decisión de primer grado, en la medida que para el caso en concreto y a partir del estudio del material probatorio aportado al expediente, se logró determinar que las únicas pruebas que dieron cuenta del estado de salud de la demandante fueron unas cuantas incapacidades que se presentaron de forma discontinua durante la relación laboral y que no tenían vigencia al momento de la terminación del contrato de trabajo de la actora, por manera que, acertó la *a quo* al considerar que la señora LUZ DARY CAMACHO no fue beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997 como quiera que al momento de la terminación de su contrato de trabajo, no había sido calificada con una pérdida de capacidad laboral, ni en trámite de calificación de pérdida de capacidad laboral o con incapacidades vigentes que la hiciera acreedora de la especial protección mencionada de conformidad con la Jurisprudencia y la Ley. De igual forma se encontró que tanto en el examen de ingreso como en el de egreso se determinó que el estado de salud de la demandante era apto para el desempeño de sus labores y no se encontró concepto alguno que indicara que la demandante padeció una enfermedad que fuera diagnosticada como incapacitante. Añade que verificada la conducta pactada como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo el empleador no se encuentra en la obligación de realizar un procedimiento diferente a la terminación del contrato de trabajo como



de manera temeraria lo pretende la apoderada de la parte demandante al indicar que solo se debió suspender el contrato de trabajo de su representada. En ese sentido, acota que como bien lo indicó la *a quo*, el comportamiento de la demandante se enmarcó en una de las justas causas calificadas por las partes como meritorias para dar por terminado el contrato de trabajo en el numeral 7 del Decreto 2351 de 1965, así como en la cláusula novena del contrato de trabajo y en el art. 48 del Reglamento Interno de Trabajo, razón por la cual la conducta de desplazar el móvil que sufrió una avería sin autorización de la demandada incumplió con la obligación de “*cumplir a cabalidad las órdenes que imponga el empleador para el cumplimiento de sus labores*” por lo que bien actuó el Juzgado al verificar la conducta de la demandante y considerar como plenamente eficaz la terminación de su contrato de trabajo a ella imputable.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juez de Conocimiento y el recurso de apelación propuesto por el extremo accionante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, en estricta consonancia con las inconformidades de la alzada², el determinar si al momento de la desvinculación de LUZ

² Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



DARY CAMACHO RIASCOS se encontraba resguardada por estabilidad laboral reforzada y, si con ocasión a ello, procede su reintegro, con el consecuente pago de salarios, aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y en Salud, al igual que el pago de la indemnización reglada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

De no prosperar lo anterior, habrá de determinarse si la falta cometida por la trabajadora, no puede reputarse como grave, y por ende, el despido devino en injusto.

RELACIÓN LABORAL

No es materia de controversia la existencia del vínculo laboral entre las partes en litigio, pues fue así declarado por el *A quo* en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de reparo por la llamada a debate; lo que se constata igualmente de los medios de convicción obrantes en el plenario, analizados bajo los presupuestos del artículo 60 y 61 del CPT, en especial, examen de aptitud médico ocupacional (fl.17); atención nutricional y dietética (fl. 18); resonancia magnética de columna lumbosacra fechada 14 de octubre del 2017 (fl. 19 y 162); orden médica de valoración por Cirugía General Grupo Bariático (fl. 20 y 163); ordenes médicas para consulta con endocrinología, psicología, cirugía general, neurocirugía, psicología, fisioterapia y terapia física (fl. 21, 25, 29, 33, 41, 47, 64 a 65, 164, 168, 172, 176, 184, 190, 191 a 196, 207 a 208, 225 a 226), consulta por medicina interna (fl. 22 a 24, 26, 165 a 157 y 169); exámenes de laboratorio (fls. 27 a 28, 30, 40, 57 a 63, 170 a 171, 173, 183, 200 a 206), consultas con ortopedia y traumatología, psiquiatría, nutricionista, neurocirugía, endocrinología, cirugía general, fisioterapia y psicología (fls. 34 a 39, 42 a 46, 48 a 53, 78 a 79 y 177 a 180, 185 a 189); ecografía abdominal (fls. 68, 71, 211 y 214), órdenes de medicamentos y fisioterapia (fls. 72 a 75, 77, 215 a 219); electrocardiograma (fl. 69 y 212); Radiografía de Tórax (fl. 70 y 213);



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

esofagogastroduodenoscopia (fls. 80 a 81, 84, 223 a 224 y 227); estudio de patología (fl. 85 y 228); prueba de embarazo (fl. 86 y 229); análisis de composición corporal (fl. 87, 102 a 103, 230 y 245 a 246); pagaré Clínica la Colina (fl. 89 y 232); historia clínica Bypass Gástrico (fols. 94 a 98 y 237 a 241); incapacidad médica (fl. 99 y 242); escenografía de abdomen total (fl. 101); diligencia de descargos (fls. 104 a 106, 248 a 249, 465 a 466 y 483 a 485); carta terminación contrato (107 a 113, 249 a 251 y 486 a 488); examen médico de egreso (fl. 109, 252 y 492); Reglamento Interno de Trabajo (fls. 110 a 129, 259 a 270 y 493 a 552); recomendaciones laborales y extra laborales (fl. 131 y 274); comunicación emitida por la ARL SURA (fl. 133 y 276); contrato de trabajo a término indefinido y clausula adicional (fls. 341 a 346); certificado de aptitud médica ocupacional (fl. 350); certificaciones laborales (fls. 351 a 352 y 569 a 571); comprobantes de nómina y aportes a seguridad social (fls. 353 a 464); descripción del cargo y manual de funciones (fls. 347 a 349 y 563 a 564); notificación sanción disciplinaria (fl. 467); informe de accidente de trabajo (fls. 468 a 470); certificación de cierre administrativo por accidente de trabajo (fl. 471); citación a diligencia de descargos (fl. 472); fotografías (fls. 473 a 477); cotizaciones arreglos vehículo (fols. 481 a 482); liquidación del contrato de trabajo (fls. 480 a 491), interrogatorio de parte y testimonios rendidos por la demandante, los señores Julián David Cardona y Eduardo Alonso Cubides Martínez (archivo de audio 1 carpeta 15 del expediente digital); probanzas de las cuales se colige, que bajo el marco de un vínculo contractual de carácter laboral, LUZ DARY CAMACHO RIASCOS trabajó al servicio de CONSORCIO EXPRESS S.A.S. desempeñando como último cargo el de TÉCNICO MECÁNICO C³ con una última remuneración en suma de \$1.201.648⁴; el cual se ejecutó desde el 3 de junio de 2014 y feneció por decisión de la llamada a debate judicial el 29 de enero de 2018, según carta adosada a folios 486 a 488;

³ Folio 351

⁴ Folio 489



supuestos facticos respecto de los cuales no existe controversia en esta segunda instancia, ante la ausencia de reparo por las partes en litigio a la determinación judicial de primera instancia.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO – INDEMNIZACIÓN LEY 361 DE 1997

En lo que atañe a la protección de los trabajadores en estado de incapacidad o debilidad manifiesta, preciso resulta indicar que el numeral 15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 fue modulado por la H. Corte Constitucional en sendas sentencias, conduciendo a una interpretación humanizada de los preceptos en ella contenidos y que dimanaron en la expedición de la Ley 361 de 1997. Regulación que en su artículo 26, dispuso que la persona limitada físicamente no puede ser despedida por razón de su estado de salud, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo.

Al punto, la Corporación de cierre de la Jurisdicción Constitucional en sentencia T – 521 de 2008, reiteró que el concepto de estabilidad laboral reforzada conduce a la guarda del trabajador discapacitado y la necesidad de elevar solicitud ante el Ministerio del Trabajo, para que medie autorización para la desvinculación. Indicación que conjuga los mandatos constitucionales vistos en los artículos 13, 43 y 53 de la Constitución Nacional, y de los cuales se puede concluir la prohibición asignada a los empleadores de fenecer el vínculo laboral cuando se está en presencia de trabajadores enfermos o incapacitados.

De suerte que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 debe ser desentrañado al tenor de la exequibilidad condicionada relatada en la sentencia C – 531 de 2000 y C – 458 de 2015 en el entendido que así se efectuó pago por concepto de indemnización, ello no convierte en eficaz el despido si con antelación no medió el trámite ante el Ministerio



del Ramo. De manera que, la indemnización prevista constituye una sanción para el empleador, pero en manera alguna es una opción para desvincular sin justa causa a quien presenta una situación de discapacidad y, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones que emanaran de tal declaración.

Garantía constitucional que se predica para aquellos que se encuentran en uso de incapacidad médica u ostentan alguna condición física, como fue enseñado en sentencia T – 1040 de 2001, al señalar «**no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales.** Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, **por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta**» (Resalta fuera de texto)

En igual sentido, justo es recordar que la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia SL- 411 de 2017, estableció que la estabilidad laboral reforzada se podía pregonar, incluso, respecto de aquellos trabajadores que no contaran con un dictamen de pérdida de capacidad laboral, por no ser esa una prueba solemne, siempre y cuando la empresa tuviera pleno conocimiento de su discapacidad. Y en reciente pronunciamiento, esa Alta Corporación dejó por sentado que la estabilidad laboral reforzada contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 operaba, siempre y cuando, el trabajador acredite que se encontraba discapacitado a la fecha de terminación del contrato, y el empleador no logre acreditar que el despido acaeció por una justa causa. Fue así como en sentencia SL – 1360 de 2018, precisó:

(a) *La prohibición del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 pesa sobre los despidos motivados en razones discriminatorias, **lo que significa que la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima.***

(b) *A pesar de lo anterior, si, en el juicio laboral, **el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas,***



*so pena de que el acto se declare ineficaz y se ordene el reintegro del trabajador, junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutos, y la sanción de 180 días de salario.
(...)»*

Lográndose concluir, que bajo los actuales postulados de la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, es menester para la persona que reclama el resguardo por una condición de salud apremiante, acreditar primeramente una situación evidente de disminución en su salud que le permita titularse en trabajador con discapacidad.

Bajo tal marco normativo y jurisprudencial, descende esta Sala a zanjar los reparos presentados por la accionante que, en síntesis, reseñan la situación de salud que impedía su retiro del servicio.

Así, evidencia esta Sala de Decisión que obran las siguientes probanzas:

1. A folio 19 Resonancia Magnética de Columna Lumbosacra datada 14 de octubre de 2017, en la cual se establece como conclusión *«osteocondrosis intervertebral L4-L5 demostrándose hernias extruidas centrales que se ponen en contacto con el contorno ventral del saco dural, la mayor de ella en L4-L5»* (folio 19).
2. A folio 22 en cita de Medicina Interna del 27 de octubre de 2017, se señala diagnóstico provisional *«OBESIDAD NO ESPECIFICADA»*, y se da inicio a trámites para cirugía, en los que se incluye valoración por Cirugía General Grupo Bariátrico⁵.
3. En cita de Psiquiatría datada 30 de noviembre de 2017, se establece que la demandante es una paciente de 25 años de edad con antecedente de obesidad desde temprana edad, que se encuentra en proceso para la realización de cirugía bariátrica ,

⁵ Folios 20 y 22 a 24



estableciéndose como diagnóstico «*TRASTORNOS NUTRICIONALES Y METABOLICOS EN ENFERMEDADES CLASIFICADAS EN OTRA PARTE*», (folios 35 a 36).

4. A folios 45 a 46 obra reporte de consulta con Neurocirugía de fecha 13 de diciembre de 2017, en la que se especifica como diagnóstico Lumbalgia y Obesidad Mórbida, estableciendo como plan de estudio y tratamiento «*PACIENTE EN ESTUDIO PARA CIRUGÍA BARIATRICA. NO ES DE MANEJO QUIRÚRGICO DE COLUMNA POR EL MOMENTO. CONTINUA MANEJO INSTAURADO DE TERAPIA Y REHABILITACIÓN, SE CONTROLA POSTERIOR A CIRUGÍA BARIATRICA*».
5. Se observa historia clínica de accidente de trabajo de fecha 17 de enero de 2018, en la que se refiere que en la fecha indicada la demandante estaba en un cárcamo y al empujar las escaleras presentó dolor súbito moderado, a nivel de región lumbar que limita la marcha. El médico tratante ordena medicamentos, incapacidad por 3 días y reintegro con recomendaciones laborales y extralaborales. Sobre dicho evento la ARL SURA en comunicación del 23 de enero de 2018, estableció que el mismo no se corresponde con la definición de un accidente de trabajo (fls. 274 a 276).
6. A folio 109 obra examen médico ocupacional por egreso de fecha 21 de febrero de 2018, en el cual se emite concepto satisfactorio, sin ninguna restricción y se recomienda valoración por endocrinología y nutrición de EPS, dieta baja en carbohidratos y ejercicio, al igual que continuar con controles por ortopedia de columna de EPS.
7. Igualmente, se evidencia programación de controles de fisioterapia para los días 1, 6, 7, 9, 12, 13 y 14 de febrero de 2018, al igual que para los días 22, 23, 26, 28 de febrero, 2, 5, 7 y 12 de marzo de 2018 (folios 75 y 77).
8. En estudio de patología del 21 de febrero de 2018; se determina que la demandante presenta como diagnóstico Gastritis Crónica no Atrófica con *Helicobacter Pylori* presente (folio 85).



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

9. El 31 de mayo de 2018, se lleva a cabo en la humanidad de la convocante Corugía Bariátrica-Bypass Gástrico con Laparoscopia. Se establece como fecha de egreso el 2 de junio de 2018 y se ordena incapacidad, desde el 1º de mayo hasta el 14 de junio de 2018 (folios 94 a 99).

Documentos estos que no han sido tachados de falsos, ni reargüidos por las partes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 270 del C.G.P., aplicable a los juicios laborales por disposición del artículo 145 del C.P.T y la S.S.

Ahora, en lo que refiere a las declaraciones absueltas en primera instancia (Archivo de audio 1 carpeta 15 del expediente digital), se advierte que sobre la condición de salud de la demandante solo hizo referencia el testigo Julián David Cardona, quien indicó en calidad de Profesional Especializado en Relaciones Laborales de la demandada, que la actora presentó un accidente de trabajo, sin embargo, cuando la convocada tomó la determinación de desvincularla, se hizo la validación con el área de salud ocupacional, la cual determinó que la actora no se encontraba incapacitada, y no tenía recomendaciones o restricciones médicas vigentes.

En ese orden y a juicio de esta Sala, es dable inferir que si bien la demandante logró acreditar el descubrimiento de las enfermedades LUMBALGIA y OBESIDAD MÓRBIDA para el año 2017, lo cierto es que para la data de fenecimiento del vínculo contractual con la pasiva, no se reporta la emisión de incapacidades médicas, pues si bien obra incapacidad según reporte médico de accidente de trabajo de fecha 17 de enero de 2018, lo cierto es que ello tan solo fue por 3 días, es decir, hasta el 20 de símil mes y año; además, dicho evento fue calificado el 23 de enero de 2018, como no laboral, según concepto de la ARL Sura, y si bien se emitieron recomendaciones, nótese que las mismas no



estaban relacionadas únicamente con sus actividades de trabajo, ya que se impartieron para todos los aspectos de su vida cotidiana; así, se estableció que en caso de cargar peso desde el suelo se debe flexionar las piernas y levantar el cuerpo mientras permanece la espalda recta, asimismo, para cargar peso, este se debe repartir equitativamente, igualmente, se recomienda arrastrar que empujar un objeto, evitar posturas forzadas de la columna, alternar posiciones de pie y sentada, dormir de medio lado sobre un colchón firme, entre otras (folios 274 a 276).

Ahora, nótese que las terapias físicas ordenadas a la trabajadora tuvieron lugar con posterioridad al 29 de enero de 2018, esto es, después de terminado el vínculo laboral al igual que su Cirugía Bariátrica de Bypass Gástrico con Laparoscopia, al realizarse el 5 de mayo de 2018; sumando a ello que, en examen médico de egreso se determinó concepto satisfactorio, sin ninguna restricción y solo se efectuaron algunas recomendaciones relacionadas con la continuidad del tratamiento de sus enfermedades, mismas que no se advierte interfirieron en el desempeño de sus funciones como Técnico Mecánico C, pues dichas afecciones no comportan tal gravedad que, en los términos de la sentencia T – 111 de 2012, lograra calificarla como *«una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a **un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores**»*, quiere ello indicar que sea de tal entidad que resulte evidente y afecte la ejecución de las mismas.

En ese orden, se tiene que la actora si bien presentaba unas afecciones de salud que venían siendo atendidas por sus médicos tratantes, en especial para llevar a cabo cirugía bariátrica, lo cierto es que ese solo hecho no la hace merecedora de la estabilidad laboral reforzada que reclama, porque, se insiste, no se encontraba gozando de incapacidad al momento en que se dio por terminado el vínculo laboral, las



recomendaciones que le fueron ordenadas con ocasión al evento no laboral el 17 de enero de 2018, no estaban enmarcadas o ligadas directa y únicamente con sus actividades laborales, en tanto así no fue determinado por el galeno que las emitió, amén que su condición de salud no comportaba circunstancias que le impidieran el cabal desempeño de sus funciones.

En este punto, se considera pertinente resaltar que en tratándose de reparos por desvinculaciones de trabajadores posiblemente afectados en su salud, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han señalado su viabilidad hasta tanto se corrobore que el querer de la empresa fue su retiro en razón de la enfermedad, empero, en el *examine* contrario a lo afirmado por la activa, del estudio de los legajos de prueba, ello en manera alguna de reafirma.

En el caso de autos, claro es para esta sede judicial, que el despliegue probatorio realizado por la parte actora no fue suficiente para demostrar que mientras subsistió el contrato de trabajo se encontraba en un estado de debilidad manifiesta, ni mucho menos para acreditar que la vinculación con la demandada terminó por razón de su discapacidad, pues revisado el expediente no hay si quiera medio de prueba que lleve a dicho razonamiento.

Todo lo anterior tiene fuerza de convicción suficiente para negar el éxito de las aspiraciones de principales de la demandante, pues no se demostró la situación médica apremiante a la terminación del contrato ni que aquella afectara el desempeño de sus labores, por lo que, al no acreditarse que se encontraba en estado de debilidad manifiesta no se puede inferir que se encuentra cobijada por la protección establecida en la Ley 361 de 1997, en consecuencia, habrán de despacharse desfavorablemente las pretensiones principales de la demanda, como en efecto lo estableció el *A quo*.



TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO - DESPIDO CON JUSTA CAUSA

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

Así, conforme a la carta de despido trasladada a LUZ DARY CAMACHO RIASCOS calendada 29 de enero de 2018 (folios 486 a 488), la terminación del vínculo contractual entre las partes obedeció a la decisión unilateral del empleador, quien para el efecto adujo:

«Me permito informarle la decisión de la compañía de terminar su contrato de trabajo, de forma unilateral y con justa causa, decisión que se hará efectiva a partir de la finalización de la jornada laboral del día 29 de enero de 2018, con fundamento en los siguientes graves hechos:

1. *La Compañía tuvo conocimiento que Usted incumplió sus obligaciones laborales en la siguiente falta a los deberes emanados de su contrato de trabajo, y a los procedimientos establecidos por la Compañía para el desarrollo de su cargo como Técnico Mecánico C, en relación con los siguientes hechos:*

- *El día 24 de diciembre de 2017 usted condujo el móvil N-501 sin autorización de su jefe inmediato, impactando el vehículo mencionado con el brazo N° 3 derecho de la máquina de lavado, ocasionando desprendimiento de la misma y vencimientos de los panorámicos delanteros del móvil, y por ende, un perjuicio económico y administrativo para la compañía*

2. *Los hechos anteriormente descritos fueron objeto de investigación mediante diligencia de descargos realizada el día 17 del mes de enero del presente año en los cual Usted reconoció tener claridad sobre las funciones y los procedimientos establecidos por la compañía para el desarrollo de su cargo.*

(...)

10. *Con lo anterior, queda claro que Usted no previó las consecuencias de sus actos, ni los riegos y traumatismos a los que expuso a la Empresa, toda vez que los hechos anteriormente relacionados reflejan una conducta omisiva, negligente e irresponsable en el ejercicio de sus funciones, los cual resulta inaceptable por ser un comportamiento completamente reprochable.*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

Por todo esto, la Empresa ha perdido la confianza depositada en Usted como trabajador, incumpliendo de esta forma con el Reglamento Interno de Trabajo, lo cual conlleva a que se dé por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con los numerales 4° y 6° del literal a) del artículo 7° del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó el artículo 62 del C.S.T., en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 del mismo estatuto(...)

Sobre esa forma de terminación del contrato de trabajo, la parte demandante centra su reclamo jurisdiccional en que resulta ser una medida desproporcionada de cara a la falta cometida, por lo que entiende la Sala que su reparo se circunscribe a cuestionar que el Juzgado de Conocimiento haya tenido como probada la falta grave aducida para poner fin a su contrato de trabajo.

Por manera que, atendiendo la claridad en los hechos anunciados en la misiva de fenecimiento del nexo, evidente emana concluir que CONSORCIO EXPRESS S.A.S. fundó su decisión en los numerales 4° y 6°, literal a) del artículo 62 del CST, tal como lo adujo el *A quo*, norma que en su literalidad enseña:

«ARTICULO 62. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. *Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo*

(...)

3. *Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*

(...)

6. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos»*

Referente a la prescripción normativa *ejusdem*, juzga conveniente recordar que el juzgador en la especialidad Laboral se encuentra vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales, cuando ello ha sido parte de la negociación propia de las relaciones laborales; no obstante, cuando la misma no se encuentra reglada como



tal, debe el operador jurisdiccional concretar bajo el análisis de las pruebas en conjunto, si se constituye tal entidad en la falta para que fuera preciso desvincularlo de las labores, cómo lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Bajo tal egida, se advierte que en el contrato individual de trabajo militantes a folio 341 a 345 del diligenciamiento, las partes acordaron en la cláusula tercera numeral 4º, lo siguiente:

«TERCERA.- OBLIGACIONES. EL TRABAJADOR, *se obliga personalmente y con el carácter de exclusividad a: (...) 4º A cumplir a cabalidad con las órdenes e instrucciones que de manera general o particular le imparta el empleador o sus representantes, lo mismo que las demás obligaciones, prohibiciones, funciones e instrucciones que aparezcan en reglamentos, políticas, circulares y demás medios que utilice la empresa (...) El incumplimiento de las anteriores obligaciones, prohibiciones y deberes se califica como falta grave»* (Subraya fuera de texto)

Igualmente, se advierte que en la cláusula novena del mentado acuerdo las partes concretaron que *«son justas causas para poner término a este contrato, unilateralmente, las enumeradas en el artículo 7º del Decreto 2351/65 y además las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves: a) La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones o prohibiciones legales, contractuales o reglamentarias».*

Al punto, necesario torna remitirse a las manifestaciones esbozadas por la demandante en la diligencia de descargos de fecha 17 de enero de 2018, al preguntársele a la demandante cuáles eran las funciones a desarrollar en el cargo desempeñado, esta contestó *«depende de lo que toque hacerle al móvil, entre esas frenarlo, acelerarlo, subirle la temperatura, poner todo lo de protección del carro»*; igualmente, al cuestionársele si dentro de sus funciones debe operar vehículos de la compañía, esta contestó: *«No señora»*; además, cuando se le indagó si contaba con permiso del jefe inmediato para operar el vehículo referido en la diligencia, esta señaló: *«No señora»*; a lo anterior se suma que la accionante reconoció



expresamente que estaba prohibido conducir vehículos de la compañía, a personas deferentes al operador de buses y que ella procedió a hacerlo para agilizar la labor y salir temprano ese día de festividad. (folios 483 a 485).

Lo anterior, fue ratificado por la demandante en su interrogatorio de parte, cuando manifestó que conocía el reglamento interno de la empresa y todos sus protocolos, que no se encontraba autorizada para mover vehículos de la flota de Transmilenio, y que en la diligencia anteriormente referenciada aceptó los cargos que se le imputaron, al igual que no podía mover vehículos y que causó daños al móvil que operó. (Archivo de audio 1 carpeta 15 del expediente digital)

En lo que atañe a las obligaciones encartadas a la demandante en el cargo de Técnico Mecánico, nótese que conforme al Manual obrante a folios 563 a 564, sus responsabilidades se circunscribían únicamente a:

- Realizar la revisión, diagnóstico y reparación de los componentes mecánicos que hacen parte de los móviles, conforme al proceso establecido en Gestión de mantenimiento, contribuyendo al sostenimiento de la flota.
- Cumplir las políticas, normas, procedimientos y demás reglamentos establecidos por la Compañía.
- Participar activamente en las diferentes actividades de implementación del SGI programadas por la Compañía.
- Reportar actos y condiciones inseguras.
- Informar cambios en sus actividades que impliquen riesgos en seguridad, salud y/o ambiente».

Hasta este punto, evidencia esta Colegiatura que, como lo confesó la demandante al ratificar lo manifestado en su diligencia de descargos, esta desconoció las órdenes e instrucciones que de manera general o particular le impartió su empleadora, al igual que las obligaciones, prohibiciones, funciones e instrucciones que hayan sido impartidos por la empresa por cualquier medio, en tanto procedió a operar un vehículo de la compañía, pese a estarle prohibido y no hacer parte de las actividades que le fueron encomendadas, situación que además generó un impacto al mismo, con maquinaria de la demandada, falta que



claramente tiene la connotación de grave, dado que así lo estipularon las partes en el contrato de trabajo, según se anotó con anterioridad.

De suerte que, en nada erró el Juzgado de Conocimiento, pues al existir claridad en cuanto a que el actuar de la convocante se enmarca en el supuesto fáctico calificado como grave en el contrato de trabajo, resulta ineludible concluir la configuración de la justa causa alegada en su carta de despido, en los términos del numeral 1° del artículo 58 del CST y el numeral 6° literal del artículo 62 *ejusdem*, no pudiendo por tanto el Colegiado hacer una valoración adicional, pues al estar debidamente calificada la falta por las partes como grave, no le es dable al funcionario judicial, bien de primera ora de segunda instancia, proceder a relegarle de la fuerza jurídica impuesta por estas.

Así, es viable concluir que al estar vedado para calificar la gravedad en la justa causa establecida en reglamentos, contratos, pactos, convenciones y fallos arbitrales; esto solo le es posible, cuando la misma no se encuentra concretada en esos términos, cómo lo ha decantado la Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, en la ya reseñada sentencia rad. 39518 del 14 de agosto de 2012 con ponencia del H. Magistrado Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, que enseñó:

*«Del análisis de la recensión jurisprudencial en precedencia, emergen consiguientemente, las siguientes conclusiones: (i) en la primera de las hipótesis estatuida en el mencionado numeral 6° de la norma bajo examen, le corresponde al juzgador evaluar la conducta del trabajador y calificarla como grave; (ii) **en el segundo supuesto la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta;** (...)»* (Resalta fuera de texto)

Por tanto, ningún reproche merece la decisión del empleador al tomar su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de la convocante aduciendo justa causa, en tanto que una vez configurada la causal, este tiene la posibilidad de hacer uso de esa facultad otorgada



por la ley, sin que de ninguna manera le sea exigible recurrir a una mera suspensión, como así lo pretende la demandante.

Dimanando de lo expuesto, en la confirmación del fallo discutido.

COSTAS.

Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000. Liquídense en primera instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 1° de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LUZ DARY CAMACHO RIASCOS** contra **CONSORCIO EXPRESS S.A.S.** de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se confirma la condena en costas impuesta por el *A quo*. En esta segunda instancia estarán a cargo de la parte demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$600.000. Liquídense en primera instancia.



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
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS RADICADO: 110013105001201853701 DEMANDANTE : LUZ HERNANDEZ DEMANDADO: COLPENSIONES			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante toda la vida actualizado a 2017, aplicando el 63% para obtener el valor de la primera mesada.			

Promedio Salarial Anual							
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
13/01/87	31/01/87	19	22,971.00	765.70	\$ 14,548.30		
01/02/87	28/02/87	28	56,064.00	1,868.80	\$ 52,326.40		
01/03/87	31/03/87	31	57,068.00	1,902.27	\$ 58,970.27		
01/04/87	30/04/87	30	62,099.00	2,069.97	\$ 62,099.00		
01/05/87	31/05/87	31	55,412.00	1,847.07	\$ 57,259.07		
01/06/87	30/06/87	30	73,111.00	2,437.03	\$ 73,111.00		
01/07/87	31/07/87	31	67,704.00	2,256.80	\$ 69,960.80		
01/08/87	31/08/87	31	72,405.00	2,413.50	\$ 74,818.50		
01/09/87	30/09/87	30	36,270.00	1,209.00	\$ 36,270.00		
01/10/87	31/10/87	31	49,334.00	1,644.47	\$ 50,978.47		
01/11/87	30/11/87	30	57,763.00	1,925.43	\$ 57,763.00		
01/12/87	31/12/87	31	72,874.00	2,429.13	\$ 75,303.13		
Total días		353			\$ 683,407.93	\$ 1,936.00	\$ 58,079.99
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	140,109.00	4,670.30	\$ 144,779.30		
01/02/88	29/02/88	29	139,318.00	4,643.93	\$ 134,674.07		
01/03/88	31/03/88	31	145,971.00	4,865.70	\$ 150,836.70		
01/04/88	30/04/88	30	128,600.00	4,286.67	\$ 128,600.00		
01/05/88	31/05/88	31	139,348.00	4,644.93	\$ 143,992.93		
01/06/88	30/06/88	30	58,627.00	1,954.23	\$ 58,627.00		
01/07/88	31/07/88	31	132,714.00	4,423.80	\$ 137,137.80		
01/08/88	31/08/88	31	139,078.00	4,635.93	\$ 143,713.93		
01/09/88	30/09/88	30	85,854.00	2,861.80	\$ 85,854.00		
01/10/88	31/10/88	31	61,591.00	2,053.03	\$ 63,644.03		
01/11/88	30/11/88	30	114,409.00	3,813.63	\$ 114,409.00		
01/12/88	31/12/88	31	144,762.00	4,825.40	\$ 149,587.40		
Total días		366			\$ 1,455,856.17	\$ 3,977.75	\$ 119,332.47
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	165,740.00	5,524.67	\$ 171,264.67		
01/02/89	28/02/89	28	157,336.00	5,244.53	\$ 146,846.93		
01/03/89	31/03/89	31	165,257.00	5,508.57	\$ 170,765.57		
01/04/89	30/04/89	30	162,663.00	5,422.10	\$ 162,663.00		
01/05/89	31/05/89	31	177,029.00	5,900.97	\$ 182,929.97		
01/06/89	30/06/89	30	158,425.00	5,280.83	\$ 158,425.00		
01/07/89	31/07/89	31	78,213.00	2,607.10	\$ 80,820.10		
01/08/89	31/08/89	31	78,213.00	2,607.10	\$ 80,820.10		
01/09/89	30/09/89	30	75,590.00	2,519.67	\$ 75,590.00		
01/10/89	31/10/89	31	78,213.00	2,607.10	\$ 80,820.10		
01/11/89	30/11/89	30	84,720.00	2,824.00	\$ 84,720.00		
01/12/89	31/12/89	31	188,033.00	6,267.77	\$ 194,300.77		
Total días		365			\$ 1,589,966.20	\$ 4,356.07	\$ 130,682.15
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	221,761.00	7,392.03	\$ 229,153.03		
01/02/90	28/02/90	28	185,851.00	6,195.03	\$ 173,460.93		
01/03/90	31/03/90	31	209,608.00	6,986.93	\$ 216,594.93		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/04/90	30/04/90	30	236,065.00	7,868.83	\$ 236,065.00		
01/05/90	31/05/90	31	219,261.00	7,308.70	\$ 226,569.70		
01/06/90	30/06/90	30	234,365.00	7,812.17	\$ 234,365.00		
01/07/90	31/07/90	31	253,473.00	8,449.10	\$ 261,922.10		
01/08/90	31/08/90	31	222,462.00	7,415.40	\$ 229,877.40		
01/09/90	30/09/90	30	212,859.00	7,095.30	\$ 212,859.00		
01/10/90	31/10/90	31	205,157.00	6,838.57	\$ 211,995.57		
01/11/90	30/11/90	30	108,030.00	3,601.00	\$ 108,030.00		
01/12/90	31/12/90	31	403,811.00	13,460.37	\$ 417,271.37		
Total días		365			\$ 2,758,164.03	\$ 7,556.61	\$ 226,698.41
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/91	31/01/91	31	120,373.00	4,012.43	\$ 124,385.43		
01/02/91	28/02/91	28	106,724.00	3,557.47	\$ 99,609.07		
01/03/91	31/03/91	31	120,373.00	4,012.43	\$ 124,385.43		
01/04/91	30/04/91	30	116,490.00	3,883.00	\$ 116,490.00		
01/05/91	31/05/91	31	120,373.00	4,012.43	\$ 124,385.43		
01/06/91	30/06/91	30	251,154.00	8,371.80	\$ 251,154.00		
01/07/91	31/07/91	31	143,437.00	4,781.23	\$ 148,218.23		
01/08/91	31/08/91	31	143,437.00	4,781.23	\$ 148,218.23		
01/09/91	30/09/91	30	138,810.00	4,627.00	\$ 138,810.00		
01/10/91	31/10/91	31	143,437.00	4,781.23	\$ 148,218.23		
01/11/91	30/11/91	30	138,810.00	4,627.00	\$ 138,810.00		
01/12/91	31/12/91	31	143,437.00	4,781.23	\$ 148,218.23		
Total días		365			\$ 1,710,902.30	\$ 4,687.40	\$ 140,622.11
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/92	31/01/92	31	185,038.00	6,167.93	\$ 191,205.93		
01/02/92	29/02/92	29	173,101.00	5,770.03	\$ 167,330.97		
01/03/92	31/03/92	31	185,039.00	6,167.97	\$ 191,206.97		
01/04/92	30/04/92	30	179,070.00	5,969.00	\$ 179,070.00		
01/05/92	31/05/92	31	185,039.00	6,167.97	\$ 191,206.97		
01/06/92	30/06/92	30	179,070.00	5,969.00	\$ 179,070.00		
01/07/92	31/07/92	31	185,039.00	6,167.97	\$ 191,206.97		
01/08/92	31/08/92	31	179,070.00	5,969.00	\$ 185,039.00		
01/09/92	30/09/92	30	185,039.00	6,167.97	\$ 185,039.00		
01/10/92	31/10/92	31	185,039.00	6,167.97	\$ 191,206.97		
01/11/92	30/11/92	30	179,070.00	5,969.00	\$ 179,070.00		
01/12/92	31/12/92	31	185,039.00	6,167.97	\$ 191,206.97		
Total días		366			\$ 2,221,859.73	\$ 6,070.66	\$ 182,119.65
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/93	31/01/93	31	249,550.00	8,318.33	\$ 257,868.33		
01/02/93	28/02/93	28	225,400.00	7,513.33	\$ 210,373.33		
01/03/93	31/03/93	31	246,550.00	8,218.33	\$ 254,768.33		
01/04/93	30/04/93	30	241,500.00	8,050.00	\$ 241,500.00		
01/05/93	31/05/93	31	249,550.00	8,318.33	\$ 257,868.33		
01/06/93	30/06/93	30	241,500.00	8,050.00	\$ 241,500.00		
01/07/93	31/07/93	31	249,550.00	8,318.33	\$ 257,868.33		
01/08/93	31/08/93	31	241,500.00	8,050.00	\$ 249,550.00		
01/09/93	30/09/93	30	249,550.00	8,318.33	\$ 249,550.00		
01/10/93	31/10/93	31	241,500.00	8,050.00	\$ 249,550.00		
01/11/93	30/11/93	30	249,550.00	8,318.33	\$ 249,550.00		
01/12/93	31/12/93	31	241,500.00	8,050.00	\$ 249,550.00		
Total días		365			\$ 2,969,496.67	\$ 8,135.61	\$ 244,068.22
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	316,820.00	10,560.67	\$ 327,380.67		
01/02/94	28/02/94	28	286,160.00	9,538.67	\$ 267,082.67		
01/03/94	31/03/94	31	316,820.00	10,560.67	\$ 327,380.67		
01/04/94	30/04/94	30	306,600.00	10,220.00	\$ 306,600.00		
01/05/94	31/05/94	31	316,820.00	10,560.67	\$ 327,380.67		
01/06/94	30/06/94	30	306,600.00	10,220.00	\$ 306,600.00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/07/94	31/07/94	31	316,820.00	10,560.67	\$ 327,380.67		
01/08/94	31/08/94	31	316,820.00	10,560.67	\$ 327,380.67		
01/09/94	30/09/94	30	306,600.00	10,220.00	\$ 306,600.00		
01/10/94	31/10/94	31	316,820.00	10,560.67	\$ 327,380.67		
01/11/94	30/11/94	30	306,600.00	10,220.00	\$ 306,600.00		
01/12/94	31/12/94	31	316,820.00	10,560.67	\$ 327,380.67		
Total días		365	-		\$ 3,785,147.33	\$ 10,370.27	\$ 311,108.00
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	395,870.00	13,195.67	\$ 395,870.00		
01/02/95	28/02/95	30	357,560.00	11,918.67	\$ 357,560.00		
01/03/95	31/03/95	30	395,670.00	13,189.00	\$ 395,670.00		
01/04/95	30/04/95	30	380,100.00	12,670.00	\$ 380,100.00		
01/05/95	31/05/95	30	396,670.00	13,222.33	\$ 396,670.00		
01/06/95	30/06/95	30	383,100.00	12,770.00	\$ 383,100.00		
01/07/95	31/07/95	30	395,670.00	13,189.00	\$ 395,670.00		
01/08/95	31/08/95	30	395,670.00	13,189.00	\$ 395,670.00		
01/09/95	30/09/95	30	383,100.00	12,770.00	\$ 383,100.00		
01/10/95	31/10/95	30	395,870.00	13,195.67	\$ 395,870.00		
01/11/95	30/11/95	30	491,645.00	16,388.17	\$ 491,645.00		
01/12/95	31/12/95	30	395,870.00	13,195.67	\$ 395,870.00		
Total días		360			\$ 4,766,795.00	\$ 13,241.10	\$ 397,232.92
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	610,470.00	20,349.00	\$ 610,470.00		
01/02/96	29/02/96	30	566,580.00	18,886.00	\$ 566,580.00		
01/03/96	31/03/96	30	494,700.00	16,490.00	\$ 494,700.00		
01/04/96	30/04/96	30	476,600.00	15,886.67	\$ 476,600.00		
01/05/96	31/05/96	30	494,760.00	16,492.00	\$ 494,760.00		
01/06/96	30/06/96	30	566,560.00	18,885.33	\$ 566,560.00		
01/07/96	31/07/96	30	525,680.00	17,522.67	\$ 525,680.00		
01/08/96	31/08/96	30	494,760.00	16,492.00	\$ 494,760.00		
01/09/96	30/09/96	30	478,800.00	15,960.00	\$ 478,800.00		
01/10/96	31/10/96	30	494,760.00	16,492.00	\$ 494,760.00		
01/11/96	30/11/96	30	478,600.00	15,953.33	\$ 478,600.00		
01/12/96	31/12/96	30	494,760.00	16,492.00	\$ 494,760.00		
Total días		360			\$ 6,177,030.00	\$ 17,158.42	\$ 514,752.50
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	575,600.00	19,186.67	\$ 575,600.00		
01/02/97	28/02/97	30	520,800.00	17,360.00	\$ 520,800.00		
01/03/97	31/03/97	30	576,000.00	19,200.00	\$ 576,000.00		
01/04/97	30/04/97	30	556,000.00	18,533.33	\$ 556,000.00		
01/05/97	31/05/97	30	576,600.00	19,220.00	\$ 576,600.00		
01/06/97	30/06/97	30	601,403.00	20,046.77	\$ 601,403.00		
01/07/97	31/07/97	30	576,600.00	19,220.00	\$ 576,600.00		
01/08/97	31/08/97	30	576,600.00	19,220.00	\$ 576,600.00		
01/09/97	30/09/97	30	558,000.00	18,600.00	\$ 558,000.00		
01/10/97	31/10/97	30	674,250.00	22,475.00	\$ 674,250.00		
01/11/97	30/11/97	30	558,000.00	18,600.00	\$ 558,000.00		
01/12/97	31/12/97	30	576,600.00	19,220.00	\$ 576,600.00		
Total días		360			\$ 6,926,453.00	\$ 19,240.15	\$ 577,204.42
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	31/01/98	30	694,710.00	23,157.00	\$ 694,710.00		
01/02/98	28/02/98	30	627,480.00	20,916.00	\$ 627,480.00		
01/03/98	31/03/98	30	695,699.00	23,189.97	\$ 695,699.00		
01/04/98	30/04/98	30	672,300.00	22,410.00	\$ 672,300.00		
01/05/98	31/05/98	30	600,457.00	20,015.23	\$ 600,457.00		
01/06/98	30/06/98	30	772,444.00	25,748.13	\$ 772,444.00		
01/07/98	31/07/98	30	798,356.00	26,611.87	\$ 798,356.00		
01/08/98	31/08/98	30	694,710.00	23,157.00	\$ 694,710.00		
01/09/98	30/09/98	30	672,300.00	22,410.00	\$ 672,300.00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/10/98	31/10/98	30	694,710.00	23,157.00	\$ 694,710.00		
01/11/98	30/11/98	30	672,300.00	22,410.00	\$ 672,300.00		
01/12/98	31/12/98	30	694,710.00	23,157.00	\$ 694,710.00		
Total días		360			\$ 8,290,176.00	\$ 23,028.27	\$ 690,848.00
Año 1999							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/99	31/01/99	30	847,540.00	28,251.33	\$ 847,540.00		
01/02/99	28/02/99	30	796,520.00	26,550.67	\$ 796,520.00		
01/03/99	31/03/99	30	847,540.00	28,251.33	\$ 847,540.00		
01/04/99	30/04/99	30	620,200.00	20,673.33	\$ 620,200.00		
01/05/99	31/05/99	30	847,540.00	28,251.33	\$ 847,540.00		
01/06/99	30/06/99	30	1,059,425.00	35,314.17	\$ 1,059,425.00		
01/07/99	31/07/99	30	847,540.00	28,251.33	\$ 847,540.00		
01/08/99	31/08/99	30	847,540.00	28,251.33	\$ 847,540.00		
01/09/99	30/09/99	30	820,200.00	27,340.00	\$ 820,200.00		
01/10/99	31/10/99	30	847,540.00	28,251.33	\$ 847,540.00		
01/11/99	30/11/99	30	820,200.00	27,340.00	\$ 820,200.00		
01/12/99	31/12/99	30	847,540.00	28,251.33	\$ 847,540.00		
Total días		360			\$ 10,049,325.00	\$ 27,914.79	\$ 837,443.75
Año 2000							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/00	31/01/00	30	1,033,850.00	34,461.67	\$ 1,033,850.00		
01/02/00	29/02/00	30	957,150.00	31,905.00	\$ 957,150.00		
01/03/00	31/03/00	30	1,033,850.00	34,461.67	\$ 1,033,850.00		
01/04/00	30/04/00	30	1,000,500.00	33,350.00	\$ 1,000,500.00		
01/05/00	31/05/00	30	1,033,850.00	34,461.67	\$ 1,033,850.00		
01/06/00	30/06/00	30	1,149,533.00	38,317.77	\$ 1,149,533.00		
01/07/00	31/07/00	30	1,188,094.00	39,603.13	\$ 1,188,094.00		
01/08/00	31/08/00	30	1,188,093.00	39,603.10	\$ 1,188,093.00		
01/09/00	30/09/00	30	1,149,533.00	38,317.77	\$ 1,149,533.00		
01/10/00	31/10/00	30	1,033,850.00	34,461.67	\$ 1,033,850.00		
01/11/00	30/11/00	30	1,149,533.00	38,317.77	\$ 1,149,533.00		
01/12/00	31/12/00	30	1,033,850.00	34,461.67	\$ 1,033,850.00		
Total días		360			\$ 12,951,686.00	\$ 35,976.91	\$ 1,079,307.17
Año 2001							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/01	31/01/01	30	1,033,850.00	34,461.67	\$ 1,033,850.00		
01/02/01	28/02/01	30	1,016,604.00	33,886.80	\$ 1,016,604.00		
01/03/01	31/03/01	30	1,214,788.00	40,492.93	\$ 1,214,788.00		
01/04/01	30/04/01	30	1,388,340.00	46,278.00	\$ 1,388,340.00		
01/05/01	31/05/01	30	1,289,384.00	42,979.47	\$ 1,289,384.00		
01/06/01	30/06/01	30	1,088,040.00	36,268.00	\$ 1,088,040.00		
01/07/01	31/07/01	30	1,124,308.00	37,476.93	\$ 1,124,308.00		
01/08/01	31/08/01	30	1,124,308.00	37,476.93	\$ 1,124,308.00		
01/09/01	30/09/01	30	1,196,844.00	39,894.80	\$ 1,196,844.00		
01/10/01	31/10/01	30	1,124,308.00	37,476.93	\$ 1,124,308.00		
01/11/01	30/11/01	30	1,196,844.00	39,894.80	\$ 1,196,844.00		
01/12/01	31/12/01	30	1,252,047.00	41,734.90	\$ 1,252,047.00		
Total días		360			\$ 14,049,665.00	\$ 39,026.85	\$ 1,170,805.42
Año 2002							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/02	31/01/02	30	1,545,950.00	51,531.67	\$ 1,545,950.00		
01/02/02	28/02/02	30	1,418,961.00	47,298.70	\$ 1,418,961.00		
01/03/02	31/03/02	30	1,504,540.00	50,151.33	\$ 1,504,540.00		
01/04/02	30/04/02	30	1,457,610.00	48,587.00	\$ 1,457,610.00		
01/05/02	31/05/02	30	1,501,780.00	50,059.33	\$ 1,501,780.00		
01/06/02	30/06/02	4	176,680.00	5,889.33	\$ 23,557.33		
Total días		154			\$ 7,452,398.33	\$ 48,392.20	\$ 1,451,765.91
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/11/12	30/11/12	30	566,700.00	18,890.00	\$ 566,700.00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/12/12	31/12/12	30	566,700.00	18,890.00	\$ 566,700.00		
Total días		60			\$ 1,133,400.00	\$ 18,890.00	\$ 566,700.00
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	0	-	-	\$ 0.00		
01/02/13	28/02/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
01/03/13	31/03/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
01/04/13	30/04/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
01/05/13	31/05/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
01/06/13	30/06/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
01/07/13	31/07/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
01/08/13	31/08/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
01/09/13	30/09/13	30	589,500.00	19,650.00	\$ 589,500.00		
Total días		240			\$ 4,716,000.00	\$ 19,650.00	\$ 589,500.00
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/05/14	31/05/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
01/06/14	30/06/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
01/07/14	31/07/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
01/08/14	31/08/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
01/09/14	30/09/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
01/10/14	31/10/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
01/11/14	30/11/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
01/12/14	31/12/14	30	616,000.00	20,533.33	\$ 616,000.00		
Total días		240			\$ 4,928,000.00	\$ 20,533.33	\$ 616,000.00
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/02/15	28/02/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/03/15	31/03/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/04/15	30/04/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/05/15	31/05/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/06/15	30/06/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/07/15	31/07/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/08/15	31/08/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/09/15	30/09/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/10/15	31/10/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/11/15	30/11/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
01/12/15	31/12/15	30	644,350.00	21,478.33	\$ 644,350.00		
Total días		360			\$ 7,732,200.00	\$ 21,478.33	\$ 644,350.00
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/16	31/01/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/02/16	28/02/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/03/16	31/03/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/04/16	30/04/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/05/16	31/05/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/06/16	30/06/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/07/16	31/07/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/08/16	31/08/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/09/16	30/09/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/10/16	31/10/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/11/16	30/11/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
01/12/16	31/12/16	30	689,455.00	22,981.83	\$ 689,455.00		
Total días		360			\$ 8,273,460.00	\$ 22,981.83	\$ 689,455.00
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	30	737,717.00	24,590.57	\$ 737,717.00		
01/02/17	28/02/17	30	737,717.00	24,590.57	\$ 737,717.00		
Total días		60			\$ 1,475,434.00	\$ 24,590.57	\$ 737,717.00



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1987	353	4.132	133.40	32.286	\$ 58,079.99	\$ 1,875,150.60	\$ 22,064,272.07
1988	366	5.124	133.40	26.032	\$ 119,332.47	\$ 3,106,495.28	\$ 37,899,242.41
1989	365	6.566	133.40	20.318	\$ 130,682.15	\$ 2,655,195.36	\$ 32,304,876.82
1990	365	8.281	133.40	16.110	\$ 226,698.41	\$ 3,652,032.85	\$ 44,433,066.35
1991	365	10.961	133.40	12.170	\$ 140,622.11	\$ 1,711,424.52	\$ 20,822,331.69
1992	366	13.901	133.40	9.596	\$ 182,119.65	\$ 1,747,673.56	\$ 21,321,617.40
1993	365	17.395	133.40	7.669	\$ 244,068.22	\$ 1,871,716.67	\$ 22,772,552.77
1994	365	21.328	133.40	6.255	\$ 311,108.00	\$ 1,945,904.14	\$ 23,675,167.05
1995	360	26.147	133.40	5.102	\$ 397,232.92	\$ 2,026,654.68	\$ 24,319,856.12
1996	360	31.237	133.40	4.271	\$ 514,752.50	\$ 2,198,279.70	\$ 26,379,356.35
1997	360	37.997	133.40	3.511	\$ 577,204.42	\$ 2,026,473.92	\$ 24,317,687.00
1998	360	44.716	133.40	2.983	\$ 690,848.00	\$ 2,060,989.15	\$ 24,731,869.85
1999	360	52.185	133.40	2.556	\$ 837,443.75	\$ 2,140,753.12	\$ 25,689,037.50
2000	360	57.002	133.40	2.340	\$ 1,079,307.17	\$ 2,525,848.63	\$ 30,310,183.55
2001	360	61.989	133.40	2.152	\$ 1,170,805.42	\$ 2,519,561.62	\$ 30,234,739.44
2002	154	66.729	133.40	1.999	\$ 1,451,765.91	\$ 2,902,268.09	\$ 14,898,309.52
2012	60	109.157	133.40	1.222	\$ 566,700.00	\$ 692,556.34	\$ 1,385,112.68
2013	240	111.816	133.40	1.193	\$ 589,500.00	\$ 703,292.32	\$ 5,626,338.55
2014	240	113.983	133.40	1.170	\$ 616,000.00	\$ 720,937.23	\$ 5,767,497.86
2015	360	118.152	133.40	1.129	\$ 644,350.00	\$ 727,506.86	\$ 8,730,082.33
2016	360	126.149	133.40	1.057	\$ 689,455.00	\$ 729,080.77	\$ 8,748,969.27
2017	60	133.400	133.40	1.000	\$ 737,717.00	\$ 737,717.00	\$ 1,475,434.00
Total días	6904	Total devengado actualizado a:				2017	\$ 457,907,600.57
Total semanas	986.29	Ingreso Base Liquidación					\$ 1,989,749.13
Total Años	17.90	Porcentaje aplicado					63%
		Primera mesada					\$ 1,253,541.95
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2017					\$ 737,717.00

Tabla Retroactivo Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
02/03/17	31/12/17	5.75%	\$ 1,253,542.00	10.97	\$ 13,747,177
01/01/18	31/12/18	4.09%	\$ 1,304,811.87	13.00	\$ 16,962,554
01/01/19	31/12/19	3.18%	\$ 1,346,304.89	13.00	\$ 17,501,964
01/01/20	31/12/20	3.80%	\$ 1,397,464.47	13.00	\$ 18,167,038
01/01/21	30/04/21	1.60%	\$ 1,419,823.90	4.00	\$ 5,679,296
Total retroactivo				\$ 72,058,028.79	



AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y FALLO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES 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 treinta (30) días del mes de abril 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.

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

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

1. Ejecutoriado el auto que admite la apelación o la consulta, si no se decretan pruebas, se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días cada una, iniciando con la apelante. Surtidos los traslados correspondientes, se proferirá sentencia escrita. Si se decretan pruebas, se fijará la fecha de la audiencia para practicar las pruebas a que se refiere el artículo 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En ella se oirán las alegaciones de las partes y se resolverá la apelación.
2. Cuando se trate de apelación de un auto se dará traslado a las partes para alegar por escrito por el término de cinco (5) días y se resolverá el recurso por escrito»



A U T O

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

Con el poder allegado se revoca el poder conferido a la abogada Johana Andrea Sandoval Hidalgo, obrante a folio 43 del cartulario, en tal sentido, se aceptará la revocatoria a dicho mandato, en los términos del artículo 76 CGP.

SENTENCIA

DEMANDA: la señora LUZ MERY HERNANDEZ VARGAS, por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- para que previo el trámite procesal correspondiente se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento del señor JORGE ELIECER ACOSTA COLMENARES (q.e.p.d.), a partir del 1 de marzo de 2017 hasta la fecha de su pago, debidamente indexada; los intereses moratorios; y las costas procesales (fl. 30 a 35).

Fundamenta sus pretensiones en los hechos que se encuentran relacionados a folios 30 y 31 de las diligencias, en los que en síntesis indica, que la demandante nació el 9 de abril de 1965; que el señor Jorge Eliecer Acosta Colmenares nació el 7 de noviembre de 1954 y falleció el 1 de marzo de 2017; que convivieron como pareja desde el 1



de enero de 2010 hasta el día de su deceso; el señor Acosta se encontraba afiliado como beneficiario en salud de la demandante; el 11 de diciembre de 2017 actora realizó declaración extra juicio respecto a su convivencia con el señor Acosta Colmenares; y en igual sentido, rindieron declaración los señores, BERTHA MARTÍA ACOSTA COLMENARES, PEDRO JULIO MARRERO VARGAS y MARÍA MAGDALENA PINTO RODRÍGUEZ; fue solicitado el reconocimiento prestacional ante COLPENSIONES y la entidad mediante Resolución SUB 254028 del 14 de noviembre de 2017 negó tal pedimento y reconoce la indemnización sustitutiva de pensión; contra tal determinación se presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación, recursos que fueron resueltos en forma negativa con Resolución SUB 35565 del 7 de febrero de 2018.

CONTESTACIÓN: La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** manifestó su oposición frente a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que la demandante no logró acreditar la convivencia con el afiliado, dentro de los cinco años anteriores a su fallecimiento

Excepciones: propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, innominada o genérica. (fl. 47 a 52).

DECISIÓN:

Luego de surtido el trámite procesal, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 1 de febrero de 2021, resolvió; **absolver** a la demandada de todas las pretensiones incoadas por LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS; **declaró probada** la excepción de inexistencia de la obligación y se abstuvo de resolver sobre los demás medios exceptivos; **condenó** en costas a la demandante.



“...En lo que tiene que ver con algunas documentales en las que se hace referencia sobre la afiliación del causante JORGE ELIECER ACOSTA a salud como beneficiario de LUZ MERY HERNANDEZ, pues no es una prueba, sino un mero indicio leve de la convivencia, pero además, tampoco encuentra el Juzgado acreditado durante los cinco últimos años consecutivos a la muerte, que nos llevarían hasta el año 2012, es decir, estas probanzas tienen que ver con años posteriores 2014, aportadas en referencia a la afiliación del señor ACOSTA COLMENARES como beneficiario en salud de la señora LUZ MERY HERNÁNDEZ.

De modo que para el juzgado, pues, fueron acertadas las conclusiones de COLPENSIONES, porque realmente no está probado en grado de certeza esa calidad de compañera permanente de LUZ MERY HERNANDEZ, por lo menos durante los 5 años anteriores consecutivos a la muerte del causante y esas razones, pues hacen que el Juzgado deba absolver a Colpensiones de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por las razones ya descritas y deba acogerse la excepción de inexistencia de la obligación que fue alegada por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones...”(récord 31:15)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, el apoderado de la parte demandante, interpone recurso de apelación señalando como motivos de disidencia, que, conforme a las pruebas documentales, interrogatorio de parte y testimonial, da cuenta de una convivencia de la pareja a partir de 2010 y terminó con el deceso del demandante, el 1 de marzo de 2017; que en el interrogatorio se acredita la convivencia, como pareja, compartiendo, mesa, lecho y techo; en la residencia de la demandante y el testimonio de la hermana del de cujus, la señora Bertha, sobre la relación que había sostenido su hermano con Rita María Cortes, quien fue su esposa y se realizó el divorcio en 2010 y liquidación de la sociedad conyugal en 2012; además, las actividades realizadas en común por la pareja, como la comercialización y venta de productos para el hogar y una comunidad de vida a partir de enero de 2010.



Para sustentar su dicho, trajo a colación sentencias de la H. Corte Constitucional y la H. Corte Suprema de Justicia, referente al tiempo de convivencia que se debía acreditar para el reconocimiento pensional. De acuerdo a las pruebas documentales, afiliación al régimen de salud, como las declaraciones extra juicio e interrogatorio y testimonio de la hermana del causante, solicita modifiquen o revoquen la sentencia emitida.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

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

Parte demandante: La demandante a través de apoderado judicial, solicitó se fulminara condena contra la entidad convocada a juicio, y se reconociera la pensión de sobrevivientes e indexación de la mesada pensional, al considerar que, convivió con el señor Jorge Eliecer Acosta Colmenares (q.e.p.d.) desde el 1 de enero de 2010 hasta el día de su deceso el 1 de marzo de 2017, compartiendo, techo y lecho; que debido a la falta de trabajo del señor Acosta, era la demandante quien costeara los aportes al sistema de seguridad social, en salud, para tenerlo afiliado como beneficiario y que aportara a pensión como cotizante; que durante la enfermedad y tratamiento del *de cujus*, su compañera fue quien brindó ayuda económica y compañía; que ya la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, indicando que no es necesario acreditar la convivencia por término igual o superior a cinco años.

Parte demandada: La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, a su turno, solicitó se confirmara la decisión emitida en



primera instancia, argumentando para tal efecto que, la actora no había acreditado convivencia con el afiliado durante los últimos cinco años de su vida; que la entidad adelantó investigación administrativa, estableciéndose que, la pareja no convivieron juntos durante los últimos cinco años de vida del señor Acosta Colmenares.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

La parte 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 reclamación presentada el 20 de diciembre de 2017 y se confirma con la Resolución SUB 35565 del 7 de febrero de 2018, expedida por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de la cual se desprende que ante dicha entidad se presentó la demandante a efectos de que le fuera reconocida la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento del señor Jorge Eliecer Acosta Colmenares, en su condición de compañera permanente, oportunidad en la que le es negada su aspiración. (fls. 17; 26).

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 Luz Mery Hernández Vargas, en su condición de compañera permanente, es beneficiaria de la pensión de



sobrevivientes con ocasión al fallecimiento del señor Jorge Eliecer Acosta Colmenares (q.e.p.d).

De resultar afirmativa la anterior premisa debe concretarse el valor de la mesada pensional, y determinarse si sobre la misma deben efectuarse los descuentos que corresponden al Subsistema de Seguridad Social en Salud.

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., en especial, copia del Registro Civil de Nacimiento y copia de cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 4, 5); registro civil de nacimiento y copia de la cédula de ciudadanía de Jorge Eliecer Acosta Colmenares (fl. 6 y 7); registro civil de defunción (fl. 8); certificado de afiliación de la demandante (fl. 9, 11); certificación de afiliación a EPS del señor Acosta Colmenares (fl. 10); planilla de pago de aportes del mes de febrero de 2017 (fl. 12); declaraciones extra juicio de Luz Mery Hernandez Vargas, Bertha María Acosta Colmenares, Pedro Julio Marrero Vargas, María Magdalena Pinto Rodríguez (fl. 13 a 16); derecho de petición radicado en Colpensiones (fl. 17); Copia de Resolución SUB 254028 del 14 de noviembre de 2017, con la constancia de notificación (fl. 18 a 22); recurso de reposición y apelación incoado contra el acto administrativo (fl. 23); copia de la Resolución SUB 35565 del 7 de febrero de 2018 con la constancia de notificación (fl. 26 a 29); expediente administrativo del demandante (fl. 42).

Igualmente, en audiencia de conciliación, decisión d excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio se recepcionaron el



interrogatorio de parte a la demandante y testimonio de la señora Bertha María Acosta Colmenares (fl. 80- CD).

De las anteriores probanzas se puede colegir sin mayor elucubración, que Jorge Eliecer Acosta Colmenares falleció el 1 de marzo de 2017, folio 8; quien se encontraba vinculado al subsistema de seguridad social en pensiones a cargo de Colpensiones, logrando aportar un total de 980 semanas como da cuenta el acto administrativo adosado a folios 27 a 29. Supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes procesales, en esta segunda instancia.

Así las cosas, esta Sala procede a desarrollar el *sub judice* planteado en líneas anteriores, no sin antes precisar que respecto a la prestación pensional deprecada en el *libelo*, diferente a las pensiones de vejez e invalidez, el 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 de afiliado (sentencia SL 1730-2020), 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 o afiliado la que fija la norma aplicable al caso bajo estudio, siendo ésta el 1 de marzo de 2017 como da cuenta el registro civil de defunción obrante a



folio 8, motivo por el cual, le es aplicable el régimen previsto en el artículo 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, norma que estipula:

«**ARTÍCULO 12.** El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

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

(...)

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

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:

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

*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; (...)*» (Resalta fuera de texto)

De cara a lo anterior, del diligenciamiento se evidencia la consumación del presupuesto inicial por Jorge Eliecer Acosta Colmenares (q.e.p.d.), para la calenda de su deceso, al contar con 980 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, de las cuales 145,71 fueron aportadas los últimos 3 años de vida (folios 27).

Sumando a ello, se constata que la fecha de natalicio de la señora LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS lo fue el 9 de abril de 1965 (fl. 4 y 5), lo que implica que para la fecha de deceso del causante, aquella contaba con 51 años de edad, cumpliendo así la solicitante con la exigencia legal para acceder al derecho pensional deprecado, referente a tener 30 o más años de edad.



Ahora, en lo que respecta a la cualificación legal de la condición de beneficiaria de la señora LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS, como segundo requisito para adquirir la prestación pensional de sobrevivientes, debe indicar la Sala que conforme al reciente criterio jurisprudencial definido por la Corte Suprema de Justicia, no resulta exigible tanto a la cónyuge como a la compañera permanente, la convivencia mínima de 5 años, cuando el causante tenía la calidad de afiliado a la fecha de su fallecimiento, tal como lo adoctrinó en la providencia SL 1730 de 2020, en la cual se indicó que:

«Como consecuencia de la nueva integración de la Sala, se considera oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva doctrina frente a la correcta interpretación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que se armonice con los fines del Sistema Integral de Seguridad Social en general, y de la pensión de sobrevivientes en particular, así como con las razones que llevaron a establecer el requisito mínimo de convivencia allí previsto, y conforme a ellas, bajo qué presupuesto debía operar.

(...)

Por otra parte, al analizar la constitucionalidad del aparte de la disposición que ocupa la atención de la Sala, en la sentencia CC C-1094-2003, la referida Corporación señaló:

2.3. Requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes

*Esta Corporación se ha pronunciado acerca de la finalidad y legitimidad de los requisitos de índole temporal o personal que señale el legislador para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Según lo expuesto en la sentencia C-1176 de 2001, **es razonable suponer que las exigencias consignadas en los artículos demandados buscan la protección de los intereses de los miembros del grupo familiar del pensionado que fallece, ante la posible reclamación ilegítima de la pensión por parte de individuos que no tendrían derecho a recibirla con justicia. Igualmente suponer que el señalamiento de exigencias pretende favorecer económicamente a matrimonios y uniones permanentes de hecho que han demostrado un compromiso de vida real y con vocación de permanencia; también se ampara el patrimonio del pensionado, de eventuales maniobras fraudulentas realizadas por personas que sólo persiguen un beneficio económico con la sustitución pensional. Por esto, dijo la Corte, con el establecimiento de tales requisitos se busca desestimular la ejecución de conductas que pudieran dirigirse a obtener ese beneficio económico, de manera artificial e injustificada.***

(...)

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de



*la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. **En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.***

(...)

Y es que, de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada, así:

(...)

*Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de **afiliados** al sistema no pensionados, y la de **pensionados**, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.*

(...)

*En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado,** que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.*

Lo anterior comporta también que, contrario a lo considerado por el Tribunal, para efectos de la aplicación de lo dispuesto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin



discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional, precisó:

(...)

Con lo anterior, la Sala fija el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado» (Negrilla y subraya fuera de texto).

Deviene de lo expuesto por la Alta Corporación, que la cónyuge o compañera permanente que persiga el reconocimiento de la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, por la muerte de un afiliado al Sistema General de Pensiones, solo le basta acreditar tal calidad y la conformación del núcleo familiar con vocación de permanencia para el momento del óbito, no siéndole por tanto exigible, la demostración de un término de convivencia de 5 años, como así lo señaló el *A quo* en la respectiva sentencia de primera instancia.

De esta manera, torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Respecto al punto dilucidado, del análisis del material probatorio recaudado en primera instancia, se tiene que la señora LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS al surtir su interrogatorio de parte precisó que convivió con el causante desde el año 2010 en una casa de su propiedad ubicada en la Calle 36 No. 15 A 27 en el Barrio Prados de Siberia de la



ciudad de Villavicencio, hasta la fecha de su deceso y que en forma ocasional, su compañero se iba a casa de su progenitora, pero ello ocurría cuando discutían y era por el fin de semana y volvía el lunes siguiente; que el señor Acosta visitaba a su mamá todos los fines de semana; que al no conseguir empleo su pareja, él la llevaba a los sitios donde tenía que entregar los pedidos de sabanas y elementos de hogar que ella vendía; que el 1 de marzo cuando volvían de un tratamiento de quimioterapia llegaron a la casa de la señora Rosalía Colmenares de Rodríguez (madre del causante) y estando allí él falleció; y que la relación con su suegra no era buena (récord 25:12).

A su turno, Bertha María Acosta Colmenares, hermana del señor Jorge Eliecer Acosta Colmenares (q.e.p.d.) afirmó que conoció a la señora Luz Mery Hernández Vargas en el año 2010, cuando su hermano se la presentó como su señora, argumentando que se había separado de su cónyuge y ahora vivía con la señora Hernández; que la convivencia se materializó en el Barrio Prados de Siberia, en una casa de propiedad de la señora Hernández; que su hermano la transportaba para que ella vendiera los enseres para el hogar; que se la pasaban siempre juntos; que ella o la señora Hernández lo acompañaban a las quimioterapias a la ciudad de Bogotá y el día del deceso, ella llegó a la casa de su progenitora y su hermano ya había fallecido; que entre la señora Hernández y la mamá del afiliado existían discrepancias porque esta última era muy celosa con su hijo y lo quería tener en la casa; que Luz Mery era quien le colaboraba económicamente para sus gastos (récord 1:01).

De las pruebas referenciadas en precedencia, patente resulta que a la fecha del óbito del señor Jorge Eliecer Acosta Colmenares, que lo fue el 1 de marzo de 2017, este convivía con la demandante, quien además hacía parte de su núcleo familiar como compañera permanente, lo cual



se evidencia claramente del interrogatorio de parte y testimonio recaudado, porque dan fe de una pareja que tenía una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, apoyo espiritual y físico, camino a un proyecto común, el cual no se vio afectado por la enfermedad del causante.

Que si bien, en las investigaciones administrativas adelantadas por Colpensiones, se mostró que al parecer la pareja se separó por el término de diez meses, entre mayo de 2016 y marzo de 2017, ello fue por cuestiones de salud del señor Acosta Colmenares, pero concluyéndose en dicha labor que la pareja convivió desde enero de 2010 a abril de 2016 (Documento denominado GEN-COM-CO-2018_327723-20180112091755 del expediente administrativo fl. 44).

Sobre el particular, pertinente resulta indicar que conforme al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia la ausencia física de uno de los cónyuges no conlleva la pérdida del derecho a la pensión de sobrevivientes, cuando ello ocurre por motivos justificables; así, se precisó en la sentencia SL087-2021:

«Asimismo, la jurisprudencia ha expuesto que pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón circunstancias especiales, como lo son, por ejemplo, las oportunidades laborales o problemas de salud, lo que per se no implica que desaparezca la comunidad de vida de la pareja, «si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, rasgos esenciales y distintivos de la convivencia entre una pareja y que supera su concepción meramente física y carnal de compartir el mismo domicilio» (CSJ SL1399-2018).

De esa manera, la convivencia no implica residir en el mismo lugar, sino otras circunstancias que tienen que ver con la «continuidad consciente del vínculo, el apoyo moral, material y efectivo y en general el acompañamiento espiritual permanente», de donde se derive que no ha sido la intención de la pareja finalizar su relación, sino que, por situaciones ajenas a su voluntad, hacen imposible que la unión física no pueda mantenerse dentro de un mismo lugar (CSJ SL, 10 may. 2007, rad. 30141, reiterada en CSJ SL14237-2015).»



Precedente que resulta perfectamente aplicable al caso analizado, dado que la indagación adelantada por Colpensiones, resulta diáfano concluir que las aparentes ausencias del señor Jorge Eliecer Acosta, en nada se relacionan con una ruptura del vínculo que la unió con la señora Luz Mery Hernández Vargas, con quien, a dicho de la misma demandante, nunca existió, ya que, siempre estuvieron en contacto, teniendo un proyecto de vida en común, que se mantuvo firme a pesar del padecimiento de salud de su compañero, conclusión que no está llamada a ser modificada, máxime que tal comunidad de vida, se constata al tener conocimiento que hasta el último momento de la vida de su compañero ella estuvo con él.

Importante resulta advertir que en el *sub judice* no se avizora contradicción alguna en las declaraciones rendidas, porque si bien la demandante y la testigo Bertha Acosta Colmenares refirieron que él iba a donde la madre de este, esto no era en forma permanente o con el ánimo de separarse de su compañera permanente, sino para acompañarla, dado que ella vivía sola.

Así las cosas, respecto al punto dilucidado preciso resulta señalar que la Sala no apoya la posición del A quo, en cuanto consideró que la actora no acreditaba la convivencia mínima de cinco años anteriores al fallecimiento de su compañero permanente y por tanto ser merecedora de la pensión de sobrevivientes que reclama.

Conduciendo a la revocatoria del fallo de primer grado sobre el reconocimiento del derecho pensional a favor de la señora Luz Mery Hernández Vargas y consecuencia de ello, se revocará el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de declarar no probada la excepción de inexistencia de la obligación, de acuerdo a las razones esgrimidas en forma precedente.



Consecuencia de ello, se procederá a establecer el quantum pensional a favor de esta.

MESADA PENSIONAL

Sobre el valor de la mesada pensional, se tiene que conforme al artículo 73 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 21 y 48 *ejusdem*, el Ingreso Base para liquidar las pensiones de sobrevivientes, corresponde al promedio de salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión o en todo el tiempo si este fuere inferior; igualmente, el monto mensual será igual al 45% de dicho ingreso más 2% por cada 50 semanas adicionales de cotización a las primeras 500, sin que exceda el 75% del ingreso base de liquidación.

Aplicando las reglas anotadas al caso objeto de estudio, obtiene la Sala con apoyo al grupo liquidador los valores que se expresan en la liquidación anexa, y que se resumen así: IBL hallado con el promedio de los salarios sobre los cuales se cotizó durante los últimos 10 años, que se avizoran en la documental allegada en el expediente administrativo, como certificado laboral emitido por la Gobernación del Meta a favor del demandante en la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones (fl. 42 – nombrado, GEN-ANX-CI-2017_9907801-201709190334718) del período del 13 de enero de 1987 al 4 de junio de 2002.

Respecto a los períodos de cotización de noviembre de 2012 a 28 de febrero de 2017, esta Sala tendrá como salario devengado por el actor, el salario mínimo legal vigente, para cada anualidad, al no encontrarse en el cartulario certificación de Colpensiones ni historia laboral alguna en



el que se pudiera verificar el monto de los aportes realizados en forma detallada por el de cujus al RPM, durante dicho interregno de tiempo.

Así las cosas, el IBL, corresponden a un valor de \$1.989.749,13, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 63%, por 980 semanas de cotización, se obtiene una primera mesada de **\$ 1.253.541,95**.

Efectuadas las operaciones aritméticas de rigor con apoyo del Grupo Liquidador de la Rama Judicial, creado mediante Acuerdo PSAA15-10402 de 2015, se evidencia que el retroactivo pensional causado a favor de la demandante desde el 2 de marzo de 2017 al 30 de abril de 2021, corresponde a la suma de **\$72.058.028,79**, conforme a la documental que hará parte integral de esta sentencia.

DESCUENTOS A SALUD

En cuanto a los descuentos por concepto de aportes a salud, es del caso advertir, que el inciso 2° del artículo 143 de la ley 100 de 1993, establece que la cotización al sistema de seguridad social en salud de los pensionados, estará a cargo en su totalidad de estos.

Así mismo, el artículo 157 de la ley 100 de 1993, dispone que los pensionados serán afiliados al sistema general de seguridad social en salud mediante el régimen contributivo, al igual, que el artículo 204 ibídem, señala que la cotización mensual a dicho régimen por parte de los pensionados, será el 12% del ingreso de la respectiva mesada pensional.

Ahora, en lo que se refiere a la fecha a partir de la cual se deben efectuar dichos descuento a los pensionados, la Corte Suprema de Justicia en sentencia



CSJ SL, 23 de marzo de 2011, Radicado 46576, reiterada en sentencia CSJ SL15264-2017, indicó:

“Afirma la entidad recurrente que el Tribunal cometió yerro jurídico, al no autorizarla a descontar de la condena impuesta por el retroactivo pensional a favor del actor el valor de las cotizaciones respectivas del Sistema de Seguridad Social en Salud, toda vez que, afirma, así lo disponen los incisos segundo del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, así como los artículos 3° del Decreto 510 de 2003 y 2°, 4°, 5°, 7° y 8° de la Ley 797 de 2003, aspecto que se observa fue objeto del recurso de apelación de la entidad demandada.

Sobre este argumento, encuentra la Sala que, en efecto, el inciso 2° del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 dispone que la cotización en salud de los pensionados, quienes son afiliados obligatorios a este sistema en el régimen contributivo, tal como lo determina la misma ley en los artículos 157 y 203, se encuentra en su totalidad a cargo de aquéllos. En consonancia con ello, se encuentra no solo el inciso 3° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley en mención, que establece que las entidades pagadoras de las pensiones deben descontar las cotizaciones en mención y transferirlas a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el pensionado y girar un punto porcentual de aquéllas al Fondo de Solidaridad y Garantía en Salud- FOSYGA-, sino también los artículos 26 y 65 del Decreto 806 de 1998, los cuales señalan que los pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sobrevivientes o sustitutos deberán ser afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizantes y que los aportes de éstos se calcularán con base en su mesada pensional.

Del conjunto de estas disposiciones, se entiende con facilidad que todos los pensionados en el país, sin excepción alguna, al tener capacidad de pago, están llamados a cotizar y, por ende, financiar el régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, siendo de cargo de los mismos la totalidad de la cotización, pues no de otra manera podría sostenerse económicamente el mismo, ni, menos, otorgar las diferentes prestaciones asistenciales y económicas, tales como las indicadas en los artículos 206 y 207 de la pluricitada Ley 100, además que, bien es sabido, de los aportes de los cotizantes al régimen contributivo, como es el caso de los pensionados, se descuenta un punto porcentual para la subcuenta de solidaridad del FOSYGA, encargada de cofinanciar, junto con los entes territoriales el régimen subsidiado, cuya destinación es la prestación del servicio de salud de la población colombiana sin capacidad de pago alguna, por lo que, en consecuencia, las cotizaciones de los pensionados resultan vitales para el financiamiento del sistema en salud.

En virtud de esta finalidad y para proteger los recursos provenientes de las cotizaciones de los afiliados obligatorios al sistema en mención, el artículo 161 de la Ley 100 de 1993 consagró, dentro de las obligaciones de los empleadores, la de girar oportunamente los aportes y cotizaciones a la entidad promotora de salud, de acuerdo con la reglamentación vigente, pues de lo contrario, aquéllos serían sujetos de las sanciones previstas en los artículos 22 y 23 del Libro Primero de la citada ley, es decir, los intereses moratorios por el no pago de las cotizaciones, dentro de las fechas establecidas para tal efecto.

De lo dicho hasta el momento, se entiende no solo que todos los



pensionados del país están llamados a cotizar al Sistema de Seguridad Social en Salud, quienes deben asumir en su totalidad el valor de la cotización, sino que, además, la misma debe hacerse desde la fecha en que se causa el derecho pensional, pues no otra puede ser la interpretación que se deriva sistemáticamente de las disposiciones citadas de la Ley 100 de 1993, al haberse establecido las cotizaciones de los afiliados obligatorios, tal como es el caso de los pensionados, como parte esencial del financiamiento del sistema, además que, encuentra la Sala, éstas constituyen un requisito de los afiliados a la hora de acceder a las diferentes prestaciones económicas, como las contempladas en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, reglamentados en varias oportunidades posteriores, por lo que el hecho de no descontarse las mismas desde la causación de la pensión devendría en detrimento de los posibles derechos derivados de este sistema a favor de los pensionados cotizantes.

De esta manera, observa la Sala que el Tribunal sí cometió yerro sobre las disposiciones citadas, al ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo del actor sin autorizar a la entidad pagadora a descontar las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, desde la fecha de causación de aquélla”.

Conforme a ello, es claro que los pensionados deben realizar los respectivos aportes a salud desde el momento en que se causa el derecho pensional, por lo tanto, al declararse el derecho pensional a favor de la demandante y ordenarse el reconocimiento y pago de un retroactivo pensional a favor de la demandante, esta Sala autoriza a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para que efectúe los descuentos al sistema de seguridad social integral en salud, por estar obligada legalmente a ello².

COSTAS.

Se revocan las agencias fijadas en la sentencia por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, al salir adelante el recurso de apelación incoado por la parte demandante y reconocerse la pensión de sobrevivientes, por lo que, el A quo deberá fijar las agencias causadas en primera instancia.

² Sentencia SL966 de 2021, Radicado No. 85415 del 17 de marzo de 2021 Magistrado Ponente, Doctor, Luis Benedicto Herrera Díaz



En esta segunda instancia las costas estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, ante la prosperidad en la alzada, fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000, las cuales se liquidarán por el juzgado de conocimiento.

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.- REVOCAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 1 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, para en su lugar, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de **LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS**, a partir del 2 de marzo de 2017, en cuantía de \$1.253.541,95 a favor de la convocante, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia objeto de apelación en el sentido de fijar como retroactivo causado a favor de **LUZ MERY HERNÁNDEZ VARGAS**, desde el 2 de marzo de 2017 al 30 de abril de 2021, en cuantía de \$72.058.028,79.



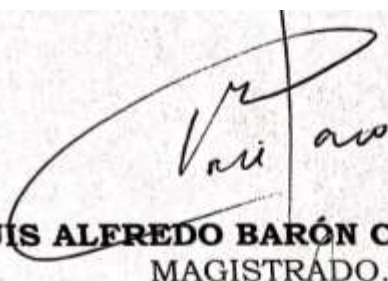
TERCERO. REVOCAR el numeral segundo de la sentencia del 1 de febrero de 2021 y en tal sentido DECLARAR no probada la excepción de inexistencia de la obligación.

CUARTO. REVOCAR el numeral tercero, respeto a las costas fijadas en primera instancia, al salir adelante el recurso de apelación incoado por la parte demandante, las cuales deberán fijarse por el A quo y en su lugar, **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones - Copensiones, ante la prosperidad en la alzada, fijando como agencias en derecho la suma de \$800.000, liquídense en primera instancia.

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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **LUZ MIREYA POVEDA TOVAR** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES; COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 treinta (30) días del mes de abril 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 tramitará así:

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora LUZ MIREYA POVEDA TOVAR solicita se declare que existe vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación de la demandante a COLFONDOS; como consecuencia de ello, se declare y condene a la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación; que para efectos pensionales la demandante ha estado vinculada al Régimen de Prima Media; que COLFONDOS debe devolver a COLPENSIONES todos los aportes pensionales; a reconocer los derechos ultra y extra petita; a las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 5 del expediente digital, que en síntesis advierten, que nació el 1 de marzo de 1962 y cuenta con 56 años; que estuvo afiliada al RPM desde el 10 de julio de 1987 al 30 de noviembre de 1999, cotizando durante 12 años y 4 meses; que en noviembre de 1999 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sin la debida asesoría; que el 12 de septiembre de 2018 solicitó a Colfondos S.A. y a Colpensiones, la nulidad de la afiliación, pero tal pedimento fue negado; que fue efectuado un cálculo de pensión a reconocer en Colfondos y Colpensiones, siendo muy superior la que reconocería esta última.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la actora no tenía derecho a la declaratoria de nulidad, por gozar la afiliación de validez, al haber sido libre, espontánea y voluntaria la afiliación. **Excepciones:** Propuso los medios exceptivos que denominó; validez de la afiliación



al régimen de ahorro individual; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado, prescripción; buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación; compensación, innominada o genérica (fl. 67 a 75 expediente digital).

A su turno, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que la demandante se trasladó de régimen en forma libre; que fue brindada la asesoría en forma integral y completa. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos de fondo de inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; compensación y pago (fl. 82 a 101).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 11 de junio de 2020, resolvió; **declarar** la nulidad del traslado del régimen de rima media ahorro individual realizado por LUZ MIREYA POVEDA TOVAR a través de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS; **ordenar** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral; declarar no probadas las excepciones; **costas** a cargo de COLFONDOS; consultar la sentencia a favor de Colpensiones.



El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...Al escuchar el interrogatorio de parte de La señora Luz Poveda pues fácil es concluir que la señora Luz no confesó ningún elemento que le fuera contraproducente o a favor de Colpensiones o Colfondos, fue espontánea en señalar que ese temor que le infundieron sobre la liquidación del entonces Seguro Social y la preocupación por sus semanas cotizadas en el régimen de prima media, aunado al hecho de que le informaron que su prestación iba a ser mayor que en Colpensiones, que no hay Colpensiones, pues eso fue lo que la motivó a afiliarse a Colfondos, que conforme el folio 80 del expediente, se advierte que efectivamente dicho formato de afiliación lo diligencia y firmó el 5 de noviembre de 1999, eso tampoco se discute.

Entonces, en tal sentido, lo que aduce entonces la señora Luz Poveda, fue esa para ella, engaño, pues al acercarse al cumplir los 55 años a obtener información, le fue indicado que su mesada iba a ser apenas del salario mínimo y no se podía pensionar a cualquier edad. Efectivamente, al observar la proyección que fue allegada por Colfondos y que obra a folio 110 y del cual se dio traslado en la audiencia del día de hoy, a las partes se advierte que la diferencia entre las proyecciones de cada régimen supera el 50%, mientras que en Colfondos es el salario mínimo, en régimen de prima media supera el \$1.700.000, según dicha proyección, lo que realmente, es un perjuicio que se le causa a la señora Luz Mireya Poveda... ” (47:14)

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, elevó recurso de apelación contra la anterior determinación, y solicita no se tenga en cuenta la declaratoria de nulidad, al considerar que no se podía declarar la nulidad del traslado por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797, al contar con menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que tampoco, existe ningún vicio de consentimiento para declarar la nulidad del traslado; en la suscripción del formulario de afiliación; tampoco se tenía una expectativa legítima y por ello no se le vulneró ningún derecho; que ella aceptó las condiciones del régimen que escogió y en el que permaneció durante 15 años; que no



se puede endilgar responsabilidad a Colpensiones ya que no tuvo injerencia en el contrato suscrito entre Colfondos y la demandante; que se estaría descapitalizando el fondo común al pago de la prestación de la demandante (53:40)

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: La demandante, a través de apoderada judicial, manifiesta que la sentencia debe ser confirmada por cuanto, en el trámite litigioso quedó demostrado en la demanda y en el interrogatorio que Colfondos S.A., no brindó asesoría clara, completa y veraz a la actora.

Parte demandada: La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, solicita se revoque la sentencia, al no encontrarse acreditado ningún vicio del consentimiento por el cual se pudiera declarar la nulidad, al suscribirse el contrato de afiliación en forma voluntaria y libre, además, al permanecer en el régimen de ahorro individual por más de 15 años subsana cualquier error en la afiliación; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen; que se está afectando la estabilidad financiera al declararse la nulidad, ya que en el momento de reconocerse la prestación económica a la demandante, se estaría haciendo uso de los aportes realizados por otras personas; que la falta de información alegada por la demandante, no fue probada en el trámite por la señora Poveda Tovar.



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 folios 36 y 38.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y, en estricta consonancia con los reparos invocados por Colpensiones en la apelación incoada, junto con el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o la nulidad de la afiliación realizada por Luz Poveda Tovar al régimen de ahorro individual administrado por Colfondos Pensiones y Cesantías, junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.



NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., copia de cédula de ciudadanía (fl. 22); reporte de días acreditados expedido por Colfondos S.A. (fl. 24 a 29); reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones (fl. 30 y 115); formulario de afiliación a Colfondos (fl. 31 y 103); solicitud de nulidad de traslado dirigida a Colfondos y Colpensiones (fl. 32 y 38); respuesta de Colfondos a derecho de petición (fl. 44); proyección de pensión (fl. 46); proyección de pensión liquidada por Colfondos (fl. 129, 216).

1. ¿DEBEN LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES INFORMAR A LOS USUARIOS SOBRE LOS PRO Y CONTRA DE SU TRASLADO?

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



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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica (sentencia CSJ SL, del 9 de sep. 2008, rad. 31989)».

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

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

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

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

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

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

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

El sistema general de seguridad social en pensiones tiene por objeto el aseguramiento de la población frente a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del otorgamiento de diferentes tipos de prestaciones. Con este fin, la Ley 100 de 1993 diseñó un sistema complejo de protección pensional dual, en el cual, bajo las reglas de libre competencia, coexisten dos



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

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

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

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

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

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

Por tanto, la incursión en el mercado de las AFP no fue totalmente libre, pues aunque la ley les permitía lucrarse de su actividad, correlativamente les imponía un deber de servicio público, acorde a la inmensa responsabilidad



social y empresarial que les asistía de dar a conocer a sus potenciales usuarios «la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de



sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

En consecuencia, las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán suministrar una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen o de trasladarse entre administradoras del mismo o de elegir el tipo de fondo dentro del esquema de "Multifondos" o de seleccionar la modalidad de pensión o de escoger la aseguradora previsional en el caso de



seleccionar una renta vitalicia. Lo anterior, sin perjuicio de la información que deberá ser remitida a los consumidores financieros en los extractos de conformidad con las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia para el efecto.

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

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

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

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

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

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

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

Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes



pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.

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

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

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

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

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

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

De acuerdo con el inciso segundo del artículo 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 permisos 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 desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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



1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

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

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

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

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

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

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

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

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



al precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

Con los argumentos esgrimidos, se deja sin piso alguno las alegaciones presentadas en la alzada por la apoderada de Colpensiones, en lo atinente al deber de información.

Luego entonces, en cuanto al interrogante planteado, se puede concluir sin mayor elucubración que, todas las administradoras de pensiones, tienen el deber legal de informar a los usuarios que soliciten el traslado, las consecuencias, de tal determinación, las características del régimen, las condiciones de su traslado, los beneficios que este traería; las diferencias entre uno y otro régimen; y especialmente, las consecuencias de tal determinación, con el fin de que el usuario cuente con todos los elementos de juicio para cambiarse de administradora de pensiones.

2. ¿SE DEBE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO REALIZADO POR DEMANDANTE DEL RPM AL RAIS?

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales, para luego trasladarse a la AFP Colfondos S.A. en mayo de 1999 (fl. 31 y 103), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada en el subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colfondos S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que



cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en tanto no se aportó prueba alguna que dé cuenta de tal situación.

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que *«... un día nos reunieron en la sala de juntas al equipo de trabajo, a todas las personas que trabajábamos en ICOMAR, por autorización de la empresa fue una asesora de COLFONDOS y nos habló del tema de pensiones. En esa época nos hablaron o se escuchaba por todos los medios de la situación del Seguro Social, que estaba en crisis, que ese era, que estaba en crisis, que iba a salir del mercado y que íbamos a quedar desprotegidos; eso nos dijo COLFONDOS, que lo más seguro era que si el Seguro Social salía, entonces nosotros perdíamos las semanas que habíamos estado laborando...»* adicionalmente, indicó *“...que ellos nos garantizaban que no íbamos a perder las semanas cotizadas, adicionalmente, que nos podíamos pensionar a cualquier edad, que no necesitábamos llegar a tener un mínimo de edad”*; insistiéndose que el Seguro Social se iba a acabar; que la asesoría fue grupal y corta; aceptando que el formulario en efecto había sido suscrito por ella, pero que este no lo había diligenciado, ya que este trámite lo hizo la misma asesora. (10:01).

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación de las consecuencias de dicho traslado, se advierte la configuración de una conducta omisiva por parte de la AFP COLFONDOS S.A., que a



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

Por manera que, el Fondo de Pensiones y Cesantías de Protección S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

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

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



Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, aún cuando se modificará tal decisión, en el sentido de indicar que no se declarará la nulidad, sino que se declarará la ineficacia del traslado efectuado por LUZ MIREYA POVEDA TOVAR al fondo de Pensiones Colfondos efectuado en mayo de 1999, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

3. ¿ES PERTINENTE ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES EN LA CUENTA INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE?

Dado que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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



financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de COLPENSIONES, en el entendido de condenar a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.



Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

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

COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, dado el resultado de la alzada. Para tal efecto, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000. La liquidación de costas deberá efectuarse por la secretaría del juzgado de conocimiento.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 11 de junio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **LUZ MIREYA POVEDA TOVAR** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -**



COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS.

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000. Las cuales se liquidarán por el juzgado de conocimiento.

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo", is written over a light blue circular stamp. The signature is fluid and cursive.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis", is written over a light blue circular stamp. The signature is fluid and cursive.

**LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.**

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana", is written over a light blue circular stamp. The signature is fluid and cursive.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **DELIA YAMILE GALVIS ORTIZ** CONTRA LA **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril 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.

El Tribunal procede a dictar la siguiente DECISIÓN ESCRITURAL,

A U T O

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»



Conforme al memorial incorporado por correo electrónico, se reconoce personería adjetiva a **Diana María Vargas Jerez** identificada con cedula de ciudadanía No. 1.090.449.043 de Cúcuta y tarjeta profesional 289.559 del C.S. de la J., para que actúe en representación de Colpensiones, por sustitución concedida por la Dra. Claudia Liliana Vela.

S E N T E N C I A

DEMANDA: La señora **DELIA YAMILE GALVIS ORTIZ**, a través de apoderado judicial, pretende se declare la nulidad e ineficacia de las afiliaciones efectuadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por asesorarla en forma indebida; que como consecuencia de las declaraciones, se debe declarar la nulidad del traslado o la ineficacia e la afiliación realizada a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir; que se ordene a la AFP a trasladar los aportes, rendimientos, semanas cotizadas a Colpensiones y a su turno la administradora del RPM acepte el traslado y reciba los dineros provenientes de la AFP Old Mutual S.A.. (fls. 7 y 9 del expediente digital).

Como pretensiones subsidiarias solicita se ordene a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a pagar una mesada pensional de vejez, igual a la que hubiese recibido en el RPM; reconocer derechos ultra y extra petita y al pago de costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 9 a 13 del expediente digital, que en síntesis advierten que; nació el 04 de junio de 1962 y cuenta con 56 años cumplidos; se afilió inicialmente al Sistema de Seguridad Social en pensiones a través del otrora ISS; que el 29 de mayo de 1999, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad



administrado por la AFP Porvenir S.A; que presentó derecho de petición en febrero de 2019, con el fin de obtener información sobre su afiliación y tal pedimento fue resuelto el 21 de febrero de 2019; el 11 de febrero solicitó a Old Mutual un estudio respecto a su mesada probable; que el estudio realizó mostró que el quantum de la mesada sería mucho más alta en el RPM que en el RAIS; existe un vicio del consentimiento, debido al engaño, ya que creyó la promesa de un mayor beneficio pensional; fue solicitado el traslado del RAIS a Colpensiones, sin embargo, la entidad se negó a realizar el traslado.

CONTESTACIÓN: la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló oposición a las pretensiones incoadas en su contra en la demanda, al considerar que el traslado de la demandante al RAIS se verificó con el lleno de los requisitos legales (presupuestos de eficacia) y en ausencia de causales de nulidad (absoluta o relativa) que invaliden la decisión de la demandante de vincularse al RAIS. **Excepciones:** Formuló los medios exceptivos que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad atribuible a la entidad, compensación, buena fe y la innominada o genérica. (fls. 158 a 190 del expediente digital).

Por su parte, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia, que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., quien no faltó al deber de información, así como el posterior traslado a la AFP Old Mutual. **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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica. (fls. 256 a 301 del expediente digital).

A su turno, la sociedad **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, formuló oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en el escrito de la demanda, en tanto afirma que en la asesoría se desplegó información cierta, suficiente y oportuna a la demandante, por ende, considera que la afiliación que se realizó entre dicha AFP y la demandante goza de plena validez legal, no presenta ningún vicio de consentimiento y estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades. Agrega que el traslado de régimen no se puede efectuar, dado que a la petente le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. **Excepciones:** Formuló como medios exceptivos los que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fls. 319 a 340 del expediente digital).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública virtual celebrada el 18 de febrero de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia de la afiliación y traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. de fecha 5 de mayo de 1999, y con la AFP Old Mutual hoy Skandia de fecha 10 de febrero de 2009; **ordenar** a la AFP Old Mutual a trasladar la totalidad de valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es



titular la demandante, incluyendo todos los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM; **ordenar** a Porvenir y Old Mutual a que devuelvan a Colpensiones todos los gastos de administración, omisiones o cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales de la demandante mientras estuvo afiliada a dichos fondos privados, dineros que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de actualización monetaria; **ordenar** a Colpensiones a recibir como su afiliada sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS; **declarar** no probadas las excepciones propuestas por los fondos demandados; **condenar** en costas a las AFP Porvenir y Old Mutual, y a favor de la demandante las agencias en derecho se tasan en 2 SMLMV al momento del pago; **ordenar** la consulta a favor de Colpensiones como entidad garantizada por la Nación.

“...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 las AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado Porvenir S.A., haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea...”

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**., censuró el fallo de primera instancia, al considerar, en síntesis, que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual de manera voluntaria y sin presiones, pues dentro del proceso no obró prueba alguna que demostrara la existencia de un



vicio del consentimiento. Agrega que la responsabilidad probatoria en cabeza de los fondos privados quiebra las lógicas de las cargas probatorias en este tipo de procesos, y que existen obligaciones legales recíprocas frente a estos traslados, como el deber de informarse y capacitarse acerca del régimen pensional que recae sobre los afiliados. Por último, puso de presente el principio de descapitalización del sistema pensional, bajo el supuesto que las nulidades o ineficacias de traslado afectan directamente la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

A su turno, la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de alzada, al considerar que el principal motivo por el cual la demandante activó el aparato judicial fue por la inconformidad respecto al monto de la mesada pensional, el cual no podía ser proyectado al momento mismo de la afiliación dado que el monto depende de los factores que se presentan durante toda la vida laboral de la persona; que no se puede desconocer la información brindada por el fondo a la demandante al momento del traslado inicial en 1999, ya que existe un formulario debidamente suscrito y no se logra demostrar que haya existido algún tipo de coerción. Sostiene que al haber realizado el traslado a la AFP Old Mutual, se indica una ratificación de voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual. Por último, se refiere a los gastos de administración que se le ordenó restituir, afirma que la cuenta de ahorro individual de la señora demandante se encuentra en ceros desde el año 2009, fecha en la que se trasladaron todos los aportes, rendimientos y demás conceptos a Old Mutual.

**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 su apoderada, solicita se confirme la sentencia de primera instancia, ya que la demandante busca le sea garantizado el derecho a la información, que considera vulnerado por las AFP al no haberse suministrado la información idónea para trasladarse de régimen y no la conservación del régimen de transición; que si se hubiera asesorado a la demandante en debida forma, cuando esta cumplió 47 años, ella hubiera regresado al RPM en vez de trasladarse a otro fondo privado.

Parte demandada: La **Administradora Colombiana De Pensiones – COLPENSIONES**, alega que la demandante se encontraba dentro de las prohibiciones legales para trasladarse de régimen; que no se está en presencia de un vicio del consentimiento y al haberse solicitado la nulidad después de cuatro años, de acuerdo a la reglamentación civil, no es viable acceder a esta; que tampoco se encuentra acreditado probatoriamente que existiera vicio de consentimiento alguno; que no es viable imponer cargas a los fondos de pensión respecto al deber de información, dado que, dicha reglamentación fue expedida en el año 2014 y 2015; que nadie puede ser subsidiado con los recursos ahorrados por otros afiliados; en caso de tenerse en cuenta los alegatos, peticiona en forma subsidiaria se condicione la sentencia hasta tanto se efectúe la devolución de todas las sumas de dinero que tenga la demandante en la AFP.

La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, indicó que no se debe ordenar la devolución de los gastos de



administración ya que, estos no pueden considerarse un detrimento derivado del traslado al RAIS y con ellos, la entidad realizó inversiones tendientes de obtener rendimientos a favor del afiliado y los cuales superan los dineros descontados.

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 de la documental vista a folios 42 y 82 del expediente digital.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados por la demandada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia o nulidad de la afiliación realizada por DELIA YAMILE GALVIS ORTÍZ al régimen de ahorro individual administrado por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS.



NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 40); derecho de petición incoado al Fondo de Pensiones y Cesantías Old Mutual S.A. (fl. 42); respuesta de Old Mutual a la solicitud (fl. 46); formulario de afiliación a Skandia del 20 de febrero de 2009 (fl. 54, 341); historia laboral consolidada expedida por Old Mutual (fl. 56, 345); historia laboral para reclamación de bono pensional tipo A (fl. 74); formulario afiliación a Colpensiones (fl. 80); respuesta de Colpensiones frente a traslado (fl. 82); solicitud de vinculación o traslado al fondo de cesantías y pensiones obligatorias Porvenir (fl. 198); certificado de afiliación y aportes realizados a Porvenir (fl. 200); relación de aportes expedido por Porvenir S.A. (fl. 202); estado de cuenta expedido por Old Mutual (fl. 359).

1. ¿DEBEN LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES INFORMAR A LOS USUARIOS SOBRE LOS PRO Y CONTRA DE SU TRASLADO?

Para resolver esta dicotomía, 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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



3. *Proyección del valor de la pensión en cada régimen.*
4. *Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen.*
5. *Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación.*
6. *Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia*

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

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

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

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

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras a dar 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.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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 similes 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.

Con los argumentos esgrimidos, se deja sin piso alguno las alegaciones presentadas en la alzada por las apoderadas de Porvenir y Colpensiones, en lo atinente al deber de información.

Luego entonces, en cuanto al interrogante planteado, se puede concluir sin mayor elucubración que, todas las administradoras de



pensiones, tienen el deber legal de informar a los usuarios que soliciten el traslado, las consecuencias, de tal determinación, las características del régimen, las condiciones de su traslado, los beneficios que este traería; las diferencias entre uno y otro régimen; y especialmente, las consecuencias de tal determinación, con el fin de que el usuario cuente con todos los elementos de juicio para cambiarse de administradora de pensiones.

2. ¿SE DEBE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO REALIZADO POR DEMANDANTE DEL RPM AL RAIS?

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., El 1 de enero de 1995 (fl. 54 y 341) y posteriormente realizó otro traslado horizontal, pero ahora a la AFP Porvenir el 28 de mayo de 1999 (fl. 198), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado en el subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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

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 «... Yo he laborado como le comenté en la Fundación Educativa de Inglaterra desde el año de 1984, estando curando mis estudios universitarios en la Universidad Pedagógica Nacional, para obtener el título de licenciada en química, al colegio, en esos años, empezaron los fondos privados y fueron de Porvenir al Colegio, simplemente colocaron un puesto en la recepción del Colegio y pues, uno pasa todos los días por este sitio, el señor que estuvo en ese momento como asesor, hablaba con todas las personas, pero no solamente hablaba desde su sitio, sino que se desplazaba a los sitios y ubicación donde nosotros nos encontrábamos, yo trabajo con el departamento de ciencias por mi licenciatura en química, este señor, ofreció muchas cosas, me dijo que yo estaba muy joven y que me convenía cambiar del Seguro Social a Porvenir, que mi pensión iba a ser mucho mayor a la que yo iba a obtener por el Seguro Social, me dijo que el Seguro Social e iba a acabar, que mi mesada iba a ser mayor y esa charla fue de tal vez, unos 10 minutos, en ese momento, yo no tomé ninguna decisión, pero el señor estuvo yendo a nuestra institución por varios días y de manera nos buscaba en nuestro sitio de trabajo, explicando lo mismo cada vez y hubo, diría yo, una persuasión y yo confíe en su palabra, yo confíe en que él me estaba diciendo la verdad, yo era muy joven en ese momento, creí en la honestidad y eso me motivó a cambiarme, yo confíe en lo que él me estaba diciendo..», adicionalmente, indicó que “..en el 2019, después de estar en Porvenir me moví a Skandia casi que por las mismas razones, el esposo de una compañera del colegio que era asesor de Skandia, en febrero de 2009, me dijo que Skandia era mucho mejor que Porvenir, que Skandia era como una multinacional y tenía mayor estabilidad y que nuevamente, mi mesada iba a ser mejor”; le hicieron una proyección en Skandia y le informaron que la mesada pensional le correspondería al salario mínimo legal; que tampoco le fue informado que antes de cumplir los 47 años podía trasladarse de régimen; llenó algunos datos en el formulario y lo firmó (Audiencia art. 80).



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

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

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



Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por DELIA YAMILE GALVIS ORTÍZ al fondo de Pensiones Porvenir efectuado en junio de 1995 y en 2019 a la AFP Old Mutual hoy Skandia, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

3. ¿ES PERTINENTE ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES EN LA CUENTA INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE?

Dado que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

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

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

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de PORVENIR S.A, respecto al numeral segundo de la sentencia apelada, en el entendido de condenar a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino a la Colegiatura, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga la demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.



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

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una. La liquidación de costas deberá efectuarse por la secretaría del juzgado de conocimiento.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 18 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **DELIA YAMILE GALVIS ORTIZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HOY SKANDIA.**

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de



Pensiones - Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una. Las cuales se liquidarán por el juzgado de conocimiento.

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

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Alferdo Barón Corredor", is positioned above the name.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE **DANIEL ACOSTA** CONTRA LA SOCIEDAD **FLOTA
MAGDALENA S.A.S.** (Decreto No. 806 de 4 de junio de 2020).

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EDUARDO CARVAJALINO
CONTRERAS

En Bogotá D.C, a los treinta (30) días del mes de abril 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.

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

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

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: El señor **DANIEL ACOSTA** a través de apoderado judicial, persigue la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, el cual fue terminado por causa imputable a la demandada; que se reconozca el pago de las liquidaciones de los años 2011 a 2016; que se reconozca la indemnización de que trata el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo; que se reconozca y ordene pagar la indemnización moratoria por la no cancelación de salarios y prestaciones a la terminación del contrato; que se soliciten las planillas de aportes al sistema de seguridad social en pensión y pagos de cesantías de 2011 a 2014, por haber sido solicitada por derecho de petición y no haberse brindado la respuesta al mismo; al pago de las costas procesales.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos advierte que; suscribió contrato a término fijo a un año, el 7 de diciembre del 2017 con la empresa FLOTA MAGDALENA S.A. para desempeñar el cargo de conductor; que el salario pactado fue de \$535.000 más subsidio de transporte y un salario mensual variable que para el año 2011 fue de \$400.000; la labor fue ejecutada de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con un horario de trabajo; que la relación laboral se mantuvo por 5 años y 8 meses; que el 31 de julio la empresa dio por terminado el contrato de manera unilateral, la cual causó grave afectación a su núcleo familiar; que la liquidación del año 2017 fue pagada tres meses después y las causadas del año 2011 al 2016 no fueron pagadas.

CONTESTACIÓN: **FLOTA MAGDALENA S.A.**, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones de la demanda, al considerar



que; al demandante se le habían impuesto sanciones disciplinarias, como llamados de atención y una suspensión de contrato por treinta días; que los motivos de la terminación del contrato se encuentran plasmadas en la respectiva carta de desvinculación; que al actor le fue realizada diligencia de descargos. **Excepciones.** Como medios exceptivos propuso la de certeza de la justa causa de terminación del contrato de trabajo, pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y seguridad social integral y prescripción (fl. 123).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 10 de marzo de 2021; **absolvió** a la encartada FLOTA MAGDALENA S.A. de todas y las pretensiones formuladas en su contra; **declaró** probada las excepciones propuestas por la empresa demandada; **condenó** en costas al demandante; **ordenó** la consulta de la sentencia.

Fundamentó su decisión en que;

“..El despacho, encuentra que, la terminación del contrato de trabajo, está encasillado entonces como lo solicita el demandante en una causa de carácter injusto, a juicio del despacho la empresa motivó su decisión debidamente, existen las actas de descargos y la misma carta de terminación de contrato de trabajo, donde, puntualmente el demandante violentó normas de carácter legal del Código Sustantivo del Trabajo y el Reglamento Interno del Trabajo, expuestas claramente en la carta de terminación de su contrato, es importante relevar que conforme a las pruebas que se presentaron, los testimonios, el mismo interrogatorio, de la empresa y efectivamente y ahora el despacho encuentra una justa causa comprobada, y por tanto el actor no tiene derecho a el pago de la indemnización por despido sin justa causa que reclama como pretensión de su demanda.

Sobre las liquidaciones que reclama el señor demandante, respecto a los años 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, se tiene que efectivamente al demandante se le realizaron los pagos por parte de la empresa, oportunamente tal y como quedó acreditado, era un contrato a término definido a un año y anualmente se le liquidaban sus derechos laborales,



situación que quedó acreditada tanto en el interrogatorio como las pruebas que se aportaron, así las cosas, el despacho no encuentra otra posibilidad distinta a declarar las excepciones propuestas por la empresa demandada en su contestación de demanda, en virtud de que debe concluirse en primer lugar que la terminación del contrato si se dio con justa causa y cumpliendo y respetando el debido proceso, el derecho de defensa del demandante, igualmente que no se le adeuda ninguno de los emolumentos reclamados como salarios y prestaciones durante la ejecución del contrato de trabajo.(1:13:00)

RECURSO DE APELACIÓN:

Parte demandante: interpuso recurso de alzada, en el que solicita la revocatoria total de la sentencia impugnada, al considerar que el sentenciador de primer grado no tuvo en cuenta que el pago de realizado por parte de demandada no concuerda con la liquidación real que debió haber recibido el demandante; respecto al despido sin justa causa, considera que la parte demandada no soportó prueba sumaria que acredite el motivo del despido; los testigos recepcionados no tienen conocimiento ni certeza de los hechos ventilados en este proceso, se observa por parte de la empresa una persecución con el fin de justificar una terminación de contrato.

ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales guardaron silencio.

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



CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio y los fundamentos dados en los recursos de alzada, esta Colegiatura en ejercicio de sus facultades legales conforme el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver si la terminación del contrato de trabajo obedeció a una justa causa y de ser afirmativa esta premisa, se deberá fijar el monto de la indemnización a pagar por parte de la empresa convocada a juicio; por otro lado, se deberá establecer si la liquidación efectuada y pagada a favor del demandante se encuentra ajustada a derecho o no.

RELACIÓN LABORAL

No se debate en el presente juicio que entre las partes del presente litigio existió una relación de estirpe laboral que inició el 7 de diciembre de 2011 mediante la suscripción de un contrato a término fijo de 12 meses, pues así fue expuesto en la demanda, aceptado en el escrito opositor y acreditado con la documental que milita a folios 11 a 13 del expediente digital, adicional a ello, tampoco es motivo de inconformidad el salario fijado en primera instancia, ni el cargo de conductor desempeñado por el demandante.

¿LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO SUSCRITO ENTRE LAS PARTES FUE SIN JUSTA CAUSA?

Para resolver el interrogante planteado, debe esta Sala de decisión precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, tiene definido que en tratándose



de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto. Precisamente, en sentencia SL4547-2018, Radicación No. 70847 del 10 de octubre de 2018, Magistrada Ponente, Doctora, Clara Cecilia Dueñas Quevedo, se reiteró:

“...No debe perderse de vista que era a la parte accionada a la que le concernía la carga de la prueba en cuanto al despido con justa causa. Esta Corporación ha sostenido en innumerables oportunidades que una vez probado por el demandante el hecho del desahucio –lo cual se cumplió cuando adosó la carta de despido y los demandados asintieron tal hecho en la contestación-, a la parte accionada le correspondía acreditar la ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, es decir, la inasistencia continuada del demandante o, en sus palabras, «el abandono del cargo», no siendo suficiente para dichos efectos las razones indicadas en la carta de despido, en la medida en que este elemento probatorio por sí solo, no es capaz de demostrar la existencia de los hechos allí invocados, razón por la que es menester que se complemente con otros medios de convicción.

Al respecto ha dicho la Corte:

(.....) para la autoridad judicial ello no es suficiente para acreditar los hechos que allí se le atribuyeron al actor, y esta aserción, además de que no es desvirtuada por la censura, la comparte íntegramente la Corte, toda vez que, como se ha dicho en otras oportunidades, lo manifestado allí constituyen los motivos de la decisión del empleador, pero por sí solo, no demuestra la existencia de los mismos, sino que las imputaciones al trabajador deben estar soportadas en otras pruebas del proceso que acrediten la existencia de los hechos. (CSJ SL, 26 ago. 2008, rad. 33535).

No basta con comunicar los motivos que llevan a finalizar unilateralmente el contrato laboral, dado que para que un despido se repunte justo el empleador debe documentar la falta atribuida al subordinado y recaudar todo el acervo probatorio que sustente debidamente su ocurrencia. De lo contrario, fallará en la labor demostrativa que le incumbe en el escenario judicial y las imputaciones en las que fundamentó la rescisión contractual quedarán como simples señalamientos sin confirmación.

Así las cosas, no es que la carta de 23 de julio de 2012 carezca de un mensaje claro de finalización del contrato con justa causa, como erradamente lo infirió el



Tribunal, pues en ella se refirió expresamente «la causal o motivo de esa determinación», mediante la indicación de las razones o hechos como justificación del despido y la invocación de la causal legal, con lo cual se encuentra satisfecha la garantía establecida en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.»

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

Siendo ello así, a folios 128 (expediente digital nombrado como “01. Ord 2019-486 Cuaderno Principal”) del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo del actor, emitida por la encartada, donde se expone que la decisión ha sido adoptada de manera unilateral y con justa causa, bajo las siguientes causales y hechos:

- “1. Según informe de inspección el 10-06-2017 usted no detuvo el vehículo para inspección, omitiendo el conteo de pasajeros por parte del inspector cuando cubría la ruta Bogotá Riosucio.*
- 2. Según informe de inspección de Junio 19 de 2017 cuando usted cubría la ruta Bogotá –Cali usted viajaba con sobrecupo y con personal femenino en la cabina del vehículo.*
- 3. Según informe de inspección de Junio 21 de 2017, no detuvo el vehículo para la inspección, omitiendo el control de conteo de pasajeros por parte del inspector cuando cubría la ruta Cali-Bogotá.*
- 4. Según informe 10-07-2017 enviado por el superior de encomiendas, usted se negó a transportar a la ciudad de Medellín, 5 bultos, los cuales el cliente iba a aforar y cancela.*



Según informe 16-07-2017 del administrador del bus con número interno 708 usted dejó subir la temperatura del motor de vehículo y no lo apagó a tiempo ocasionando unos daños considerables, por negligencia al no observar los indicadores del tablero, para evitar estos daños.

*Contraviniendo con su actuación el Artículo 58 numeral (1) **de las OBLIGACIONES ESPECIALES DEL TRABAJADOR**, y el Artículo 62 numeral (4, 6) de la **TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA** del Código Sustantivo del Trabajo; el Artículo 48 numeral (4,10) **FALTAS GRAVES** del Reglamento de Trabajo, y el Artículo 28 numeral (14) **de las FALTAS GRAVES** del Reglamento Operativo de **Flota Magdalena S.A...**"*

Como se evidencia, la terminación obedeció a que el demandante, según concluyó la accionada, cometió varias faltas graves, conforme a lo establecido en el Reglamento de Trabajo y Operativo de Flota Magdalena S.A., en el ejercicio de sus funciones como conductor, al no haber detenido el vehículo para que le fuera realizada la inspección, respecto a la cantidad de pasajeros transportados; así como negar el traslado de mercancía en el vehículo a pesar de que el cliente fuese a pagar el valor de dicha diligencia y por último, haber ocasionado daño al vehículo asignado para desempeñar su labor.

Al respecto, el literal b) del numeral 8° del art. 62-63 CST, establece como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo "*Cualquier **violación grave** de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, **o cualquier falta grave, calificada como tal** en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos*".

Frente a lo anterior, nuestra CSJ ha tenido la oportunidad de referirse, entre otras, en la sentencia SL 2457-2018 reiterada en la sentencia SL 411-2019, que:

"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la



violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:

Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:

Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <... cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.

En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (...) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo...

‘El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto’.

Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.

En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los



actos que consagran la falta ...'

Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:

“Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal” (Subraya la Sala).

Para zanjar esta controversia, observa este colegiado que en la carta de terminación del contrato, manifestó como faltas graves cometidas por el demandante, las señaladas en el artículo 48 del Reglamento Interno, y la cual hace alusión a las conductas que no son constitutivas de acoso laboral las siguientes:

*“d. formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento.
j. la exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.”*

En lo atinente al Reglamento operativo obrante a folio 156 del expediente digital y alegado como quebrantado por el demandante, contiene otras justas causas de terminación del contrato supuestamente trasgredidas por el señor DANIEL ACOSTA, las cuales se encuentran precedidas de dicha tipificación, veamos:

“ART. 28 PARA LOS CONDUCTORES.

...



14. Transportar pasajeros de sobrecupo y/o en mayor número de pasajeros al establecido en la capacidad del vehículo señalada en la Tarjeta de Operación y en los registros de la Empresa y/o transportar pasajeros en los Baños, Camarote, silla del transportín, pasillos del automotor y/o en lugares diferentes a las sillas instaladas para el efecto, será causal la primera vez de la suspensión no remunerada en el ejercicio de sus labores hasta por quince (15) días, la segunda vez suspensión no remunerada en el ejercicio de sus labores hasta por treinta (30) días y la tercera vez se constituye en justa causa para dar por terminado el Contrato Laboral, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan y que la Empresa repita contra el conductor por los daños y perjuicios económicos y por el valor de las sanciones impuestas por las autoridades de tránsito y transporte”

Luego entonces, conforme al reglamento interno y operativo se contemplaron las faltas, en las cuales pueden verse inmersos los trabajadores de la empresa convocada a juicio.

Dicho lo anterior, surge únicamente estudiar si la encartada acreditó en el juicio que el trabajador incurrió en las conductas que se le endilgaron en la carta de finalización del vínculo laboral y si ellas se adecuan a las causales contenidas en el texto contractual en el que las partes las tipificaron como faltas graves, mismas que según el haz probatorio fueron aceptadas expresamente por el actor desde el mismo momento en que se le realizaron los descargos.

Justamente, a folios 130 y 131 del expediente, la sociedad accionada aportó al plenario el acta de descargos rendido por promotor del litigio, donde fue indagado respecto a los hechos que con posterioridad motivaron su despido. Al respecto, luego de interrogársele sobre las razones por las cuales fue llamado a presentarse a la diligencia realizada el 13 de julio de 2017, que era por la negativa a transportar unos bultos de mercancía que un usuario había pagado, indicó que, *“no eran 5 bultos eran 8 bultos y en le carro no cabe porque en ese tipo de carrocería la bodega es muy pequeña y en la bodega ya había equipaje de los pasajeros que iban en*



el viaje, por esa razón no se llevó y se hizo el transbordo en el bus de 5 de la tarde y la jefe de taquilla fue la que hizo eso”.

El 28 de julio de 2017, se llama nuevamente al ex trabajador a descargos, por otras conductas o reportes pasados por los supervisores y frente a los requerimientos expresó que, *“el rayador (sic) se rompió, se le subió la temperatura, yo detuve el carro y no lo moví más, lo apagué, lo dejé quieto y llamé a don Henry para informarle, yo le comenté que si me di cuenta, pero lo que pasa es que el testigo no alumbró ni pitó no lo alcancé a andar demasiado o si no el daño había sido más grande”*; adicionalmente, en la diligencia del 28 de julio de 2017, adicionalmente indicó que, *“una señora que me pidió el favor de que la dejara pasar adelante un momento, que venía mareada y estaba recién operada y que venía al lado del baño y venía enferma, yo le comenté al señor inspector lo sucedido, pero en ningún momento traía sobrecupo”*; frente al no estacionarse en el centro de control para que el inspector realizara la inspección del vehículo informó que *“yo no lo vi, pero no estaba por ahí por eso no paré, yo siempre le paro evito tener problemas con eso...”*

Ahora bien, en el interrogatorio de parte, recepcionado al demandante, frente a los hechos alegados por la empresa como conductas graves, cometidas por el trabajador en su momento, este indicó que,

“...No lo mismo les dije lo que había pasado con el carro, entonces me dijeron que se habían juntado muchas anomalías, ahí me metieron de que yo no había echado unos bultos en una ocasión y que cargaba una señora para arriba y para bajo y que no sé qué, ese es puro cuento, eso ya es reforzado, porque como yo le dije al señor que estaba pendiente de las bodegas, le dije, el carro que yo manejaba era el 708 en ese momento, es una carrocería buscar y esas bodegas son muy pequeñas iba para la ciudad de Pasto, y no pude echar por que había mucha maleta de los pasajeros, llevaba el cupo, entonces me pasaron ese informe por no haber echado esos bultos, no más no tuve más problemas.



La señora que salía era mi esposa, me salía a sacar mi ropa porque vivía en Tuluá y yo me la llevaba para Cali, por que como no había tiempo de ir a la casa, el trayecto mío era Bogotá, Cali, Medellín, Pereira, todo lados, entonces llegaron a tomar la decisión que era que yo la cargaba y no pues la señora es mi esposa, es la que me saca la ropa yo tengo que atenderla, yo no le veía ningún problema”

En lo tocante al transporte de los bultos, en la diligencia de descargos se dejó sentado que el reporte era realizado porque el entonces empleado, se había negado a transportar “5 bultos” de acuerdo al informe rendido por el supervisor, sin embargo, en la diligencia de descargos, señaló que no era esa cantidad sino 8 y que no había cargado ninguno de ellos, ya que estos se habían enviado en el bus de las 5 de la tarde, a su turno, en el interrogatorio de parte, informó que, (Audio 09 Ord 2019-486 Audiencia Art80 CPL, récord 14:15).

“¿Qué pasó con el tema de los bultos que usted se negó a cargarlos, a llevar?”

No, no los eche porque no había campo, la bodega era muy pequeña no cabían, se echaron como la mitad y le quedo la mitad, eran como 15 bultos se echaron como 6 o 7 bultos porque no cabían más porque iba demasiada maleta de los pasajeros.”

De las enunciadas pruebas, concluye esta Colegiatura que, el demandante incurrió en serias contradicciones al respecto, primero, por cuanto, en la diligencia de descargos señaló que la señora que estaba en la cabina era una pasajera que se había sentido mal y se había pasado un momento allí, pero en el interrogatorio de parte, cambia su versión e indica que la dama que transportaba era su cónyuge, a quien había recogido y que él no le veía problema a llevarla a Cali, donde se dirigía en ese momento.

Respecto al no parar el vehículo en el sitio de control de pasajeros establecido por la empresa para ello, arguyó que, al no ver al supervisor en el puesto siguió sin detenerse, a pesar de tener pleno conocimiento, que ese sitio había sido destinado y establecido por su



empleador para realizar el control de pasajeros, por lo que, total reproche genera dicha manifestación, ya que, siendo una directriz del empleador, él debía parar para el respectivo chequeo, estuviera o no la persona encargada de ello, y en caso de no encontrar al supervisor reportar tal novedad a su empleador; ya que como lo dijo el señor Henry Perico – testigo parte demandada, la empresa asignó un teléfono móvil a los vehículos por si los conductores tenían algún problema o debían comunicarse, pudieran hacerlo sin dilaciones, omisión que tampoco es aceptada por la Corporación.

Las circunstancias antedichas fueron las que precisamente la empresa accionada encuadró en las causales de despido que consignó en la carta de terminación, en la que se indicó al actor que no solo había omitido u obviado las reglas respecto al transporte de pasajeros, también se había rehusado a transportar mercancía de usuarios o clientes de Flota la Magdalena, que pagaban un importe adicional por ese servicio; finalmente, desatendió las instrucciones impartidas frente a los sitios o lugares donde debía estacionar el vehículo para realizar la correspondiente verificación de pasajeros.

Por otro lado, respecto a la prueba testimonial recepcionada a los señores, Henry Jesús Perico Goyeneche y José Santacruz y frente a la que guarda oposición la apoderada de la parte actora, debe precisar esta Colegiatura que, se dará credibilidad a lo dicho por los enunciados señores, ya que, el primero de ellos, era el administrador de los buses de la empresa Flota Magdalena y fue el encargado directo de pasar un informe por el actuar del demandante, al dañarse el motor de un vehículo asignado al aquí demandante.

El señor José Santacruz, pasó informe a la empresa por cuanto el señor Daniel Acosta se había negado a transportar una carga,



situación que se verificó en el acta de descargos adelantada contra el demandante y que se ratificó en el trámite judicial.

Situaciones anteriores, que a todas luces pudo causar un perjuicio al empleador, en caso de haberse presentado un eventual siniestro, y transportar personas sin el respectivo tiquete o pasaje (cónyuge) el cual cubre determinados riesgos a este tipo de empresas; la pérdida de clientes o usuarios de su flotilla de transportes al no verificarse un buen servicio.

Por lo que, resulta claro que el demandante no solo incumplió con las obligaciones inherentes al cargo, sino además se demuestra con absoluta nitidez que fue descuidado y negligente al transportar sin ningún tipo de reparo a su cónyuge o compañera permanente, en el vehículo asignado para prestar su servicio de conductor y finalmente, y no menos importante, al no seguir las directrices y por ende acatar las órdenes del empleador.

Bajo ese contexto, del análisis objetivo de los medios probatorios estudiados con anterioridad, se acredita con suficiencia que el promotor del litigio incurrió en las faltas endilgadas en la carta de terminación del contrato, de modo que no erró el juez primigenio, cuando, al valorarlas, arribó a esta misma conclusión.

Así las cosas, abunda el material probatorio para acreditar que la terminación del contrato fue con justa causa, desvirtuándose de esta manera las alegaciones expuestas por la apoderada de la parte actora a la hora de incoar el respectivo recurso de apelación.

Corolario de lo expuesto y demostrado como se encuentra que al señor DANIEL ACOSTA no le asiste el derecho a la indemnización



pretendida pues no se demostró que su despido fuera injusto a la luz de la legislación sustantiva nacional, se confirmará en este punto la sentencia proferida en primer grado.

DE LA LIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS LABORALES

La parte actora expresa su inconformidad frente a la liquidación de prestaciones sociales efectuada por la parte demandada, por lo que, se procedió a revisar la documental acopiada al cartulario, encontrando a folio 11 del cartulario contrato de trabajo suscrito en el año 2011 y en el que se pactó como salario el valor de \$545.600, con subsidio de transporte equivalente para dicha anualidad de \$63.600.

Pese a haberse pactado entre las partes un salario mínimo legal vigente para el año 2011, a la hora de liquidarse y pagarse las prestaciones sociales, se tuvo en cuenta un salario superior, por lo que, esta Colegiatura, tendrá para todos los efectos el salario básico tenido en cuenta por Flota Magdalena, por ser más favorable para el apelante.

Realizada tal precisión se tendrán en cuenta, para cada anualidad las siguientes bases salariales;

<i>Año</i>	<i>Salario Mensual</i>	<i>Aux. Transp.</i>
<i>2011</i>	\$ 935,600.00	\$ 63,600.00
<i>2012</i>	\$ 966,700.00	\$ 67,800.00
<i>2013</i>	\$ 989,500.00	\$ 70,500.00
<i>2014</i>	\$ 1,016,000.00	\$ 72,000.00
<i>2015</i>	\$ 1,016,000.00	\$ 74,000.00
<i>2016</i>	\$ 1,016,000.00	\$ 77,700.00
<i>2017</i>	\$ 1,370,609.00	\$ 83,140.00



Dejando claro tal situación, se procedió a remitir las diligencias al grupo Liquidador de la Rama Judicial, creado mediante Acuerdo PSAA15-10402 de 2015, evidenciándose que la liquidación de prestaciones reconocidas al demandante, se encuentran ajustadas a derecho, conforme a los cálculos efectuados y que harán parte integral de esta sentencia.

Dadas las argumentaciones expuestas, no queda otro camino que confirmar la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

COSTAS:

Se confirma la condena en costas impuesta por el A-quo. En esta instancia se imponen costas a cargo de la parte demandante, dado el resultado de la alzada, para tal efecto, se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000, las cuales serán liquidadas por la secretaría del juzgado de conocimiento.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 10 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.



SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se fijan a cargo de la parte demandante, ante la improsperidad del recurso de alzada. Se tasan como agencias en derecho la suma de \$100.000, las cuales serán liquidadas por el juzgado de conocimiento.

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo Carvajalino Contreras", is written over a light background.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Aleredo Barón Corredor", is written over a light background.

LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela Camacho Fernández", is written over a light background.

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-



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL

MAGISTRADO: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

RADICACIÓN: 110013105020190048601

DEMANDANTE: DANIEL ACOSTA

DEMANDADO: FLOTA MAGDALENA

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Realizar el cálculo de la liquidación de prestaciones sociales según instrucciones del despacho.			

Tabla Datos Generales de la Liquidación			
Extremos Laborales	Desde :	07-dic	2011
	Hasta:	31-jul	2017
Último Salario Devengado			

Tabla Salarial		
Año	Salario Mensual	Aux. Transp.
2011	\$ 935,600.00	\$ 63,600.00
2012	\$ 966,700.00	\$ 67,800.00
2013	\$ 989,500.00	\$ 70,500.00
2014	\$ 1,016,000.00	\$ 72,000.00
2015	\$ 1,016,000.00	\$ 74,000.00
2016	\$ 1,016,000.00	\$ 77,700.00
2017	\$ 1,370,609.00	\$ 83,140.00

Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2011					
Periodo de liquidación		Desde	07/12/2011	Hasta	31/12/2011
		Salario fijo mensual:		\$	935,600.00
		Auxilio transporte:		\$	63,600.00
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	33,306.67
		Días trabajados:			24
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			360	
				\$ 66,613.33	
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			360	
				\$ 532.91	
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			360	
				\$ 66,613.33	
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			720	
				\$ 31,186.67	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2012					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2012	Hasta	31/12/2012
		Salario fijo mensual:		\$	966,700.00
		Auxilio transporte:		\$	67,800.00
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	34,483.33
		Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			360	
				\$ 1,034,500.00	
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			360	
				\$ 124,140.00	
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			360	
				\$ 1,034,500.00	
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			720	
				\$ 483,350.00	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2013					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2013	Hasta	31/12/2013
		Salario fijo mensual:		\$	989,500.00
		Auxilio transporte:		\$	70,500.00
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	35,333.33
		Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			360	
				\$ 1,060,000.00	
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			360	
				\$ 127,200.00	
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			360	
				\$ 1,060,000.00	
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			720	
				\$ 494,750.00	
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2014					
Periodo de liquidación		Desde	01/01/2014	Hasta	31/12/2014
		Salario fijo mensual:		\$	1,016,000.00
		Auxilio transporte:		\$	72,000.00
		Factor Variable		\$	-
		Salario diario:		\$	36,266.67
		Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			360	
				\$ 1,088,000.00	



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Sala Laboral
Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial
Bogotá – Cundinamarca

Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			
	360			\$ 130,560.00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			
	360			\$ 1,088,000.00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			
	720			\$ 508,000.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2015				
Periodo de liquidación	Desde	01/01/2015	Hasta	31/12/2015
	Salario fijo mensual:		\$	1,016,000.00
	Auxilio transporte:		\$	74,000.00
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	36,333.33
	Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 1,090,000.00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			
	360			\$ 130,800.00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			
	360			\$ 1,090,000.00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			
	720			\$ 508,000.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2016				
Periodo de liquidación	Desde	01/01/2016	Hasta	31/12/2016
	Salario fijo mensual:		\$	1,016,000.00
	Auxilio transporte:		\$	77,700.00
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	36,456.67
	Días trabajados:			360
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 1,093,700.00
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			
	360			\$ 131,244.00
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			
	360			\$ 1,093,700.00
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			
	720			\$ 508,000.00
Liquidación de Prestaciones Sociales Año 2017				
Periodo de liquidación	Desde	01/01/2017	Hasta	31/07/2017
	Salario fijo mensual:		\$	1,370,609.00
	Auxilio transporte:		\$	83,140.00
	Factor Variable		\$	-
	Salario diario:		\$	48,458.30
	Días trabajados:			210
Cesantías	Salario mensual (*) x Días trabajados			
	360			\$ 848,020.25
Intereses sobre cesantías	Cesantías (*) x Días trabajados X 12%			
	360			\$ 59,361.42
Prima de servicios	Salario mensual (*) x Días trabajados semestre			
	360			\$ 848,020.25
Vacaciones	Salario mensual x Días trabajados			
	720			\$ 399,760.96

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales					
Año	Cesantías	Intereses sobre	Prima de servicios	Vacaciones	Subtotal prestaciones
2,011	\$ 66,613.33	\$ 532.91	\$ 66,613.33	\$ 31,186.67	\$ 164,946
2,012	\$ 1,034,500.00	\$ 124,140.00	\$ 1,034,500.00	\$ 483,350.00	\$ 2,676,490
2,013	\$ 1,060,000.00	\$ 127,200.00	\$ 1,060,000.00	\$ 494,750.00	\$ 2,741,950
2,014	\$ 1,088,000.00	\$ 130,560.00	\$ 1,088,000.00	\$ 508,000.00	\$ 2,814,560
2,015	\$ 1,090,000.00	\$ 130,800.00	\$ 1,090,000.00	\$ 508,000.00	\$ 2,818,800
2,016	\$ 1,093,700.00	\$ 131,244.00	\$ 1,093,700.00	\$ 508,000.00	\$ 2,826,644
2,017	\$ 848,020.25	\$ 59,361.42	\$ 848,020.25	\$ 399,760.96	\$ 2,155,163
Totales	\$ 6,280,834	\$ 703,838	\$ 6,280,834	\$ 2,933,048	\$ 16,198,553

Fuente	
Observaciones	1. 2. La Presente liquidación se encuentra sujeta a modificaciones a solicitud del despacho

Fecha liquidación: viernes, 23 de abril de 2021



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARÍA MAGDALENA WILCHES PEÑA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** 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 treinta (30) días del mes de abril 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 María Magdalena Wilches Peña solicita se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 29 de abril de 2016; que se paguen los reajustes, intereses moratorios y las costas y agencias en derecho.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles de folio 2 a 6, que en síntesis advierten que, la demandante cumplió los 57 años de edad el 23 de abril de 2016 y por ello, le debe ser reconocida la prestación solicitada conforme al régimen de transición; que cotizó un total de 1377 durante su vida laboral; que nació el 23 de abril de 1959; que la empresa DISRIOS ASOCIADOS incumplió con el pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones; que se debe tener en cuenta el tiempo no aportado por su empleador; que el salario devengado fue el mínimo legal; que es beneficiaria del régimen de transición; que el 9 de enero de 2019 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución SUB 37866 del 14 de febrero de 2019; que en el acto administrativo no se tuvo en cuenta todo el tiempo de servicios.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que María Magdalena Wilches no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco acredita los presupuestos establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 para el reconocimiento pensional.



Excepciones: Prescripción, Inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica (fl. 42 a 52 del expediente digital enunciado como 01CuadernoFísico).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 18 de febrero de 2021, resolvió; **absolver** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – Colpensiones, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda; se **relevó** de estudiar las excepciones de mérito de acuerdo a las resultas del proceso; **costas** a cargo de la demandante, en cuantía de \$200.000.

La decisión fue fundada en;

“..Ahora bien, partiendo entonces de la premisa de que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, pues en su derecho pensional debe ser defendido a la luz de las previsiones del artículo 33 de la ley 100 del 93 modificado por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, disposición que señala que para acceder a la pensión de vejez deben acreditarse 55 años de edad inicialmente en el caso de las mujeres los que cumplió la accionante el 29 de abril del 2014, pero en cuanto a las semanas cotizadas como mínimo inicialmente debían acreditarse 1000 semanas en cualquier tiempo, a partir del 1 de enero del 2005 se incrementa en 50 semanas y a partir del 1 de enero del año 2006, 25 semanas adicionales cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015, en este escenario pues advierte el despacho que la demandante tampoco cumple con los requisitos previstos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 para acceder a la prestación, pues de conformidad con la última historia laboral expedida por Colpensiones cuenta tan solo para el año 2014 con 1028,71 semanas y si se toman en cuenta los periodos en mora dan cuentan o se dan cuenta por parte del empleador Diarios Asociados LTDA pues para el periodo 1 de marzo del 83 al 11 de agosto del 85 esto es 125,86 semanas pues sólo completaría 1154.,57 semanas cotizadas densidad que no le alcanza para completar en este contexto las requeridas legalmente.

Ahora bien se advierte en el mismo reporte de semanas cotizadas que como último periodo de cotización está la cotización de febrero de 2019



contabilizándose por esta vía un total de 1158,56 semanas y sumándole el tiempo respectivo de Diarios Asociados eso es 125,86 semanas pues aún así presenta un total de 1284.72 semanas que es deficitario frente al requisito legal para acceder a el derecho pretendido no quedando una alternativa distinta a el demandante que continuar cotizando hasta alcanzar el número mínimo de semanas cotizadas o si se encuentra imposibilitada para continuar cotizando reclamar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez respectiva.”

RECURSO DE APELACIÓN:

La PARTE DEMANDANTE interpuso recurso de alzada contra la anterior determinación, aduciendo en síntesis que;

“...considera que, muchas cotizaciones que se hicieron por parte de los empleadores y que ellos a pesar de no haberlas cancelado aparecen remitidas a Colpensiones por lo tanto debió tenerse en cuenta la totalidad de esos reportes que aparecen suministrados a Colpensiones, por la razón de que Colpensiones era responsable de tener en cuenta esos tiempos servidos y no el trabajador quien debe acreditar el no pago de las sumas en mora y no cobradas.

Como se explicó en la demanda aparecen las entidades en que prestó sus servicios y todo ese tiempo de prestación de servicio aparece reportado a Colpensiones, es por lo tanto que el no pago por parte del empleador, no es factor para desconocer Colpensiones esas cotizaciones, sumada las cuales más la que la señora María Magdalena Wilches Peña, lo hizo en forma independiente, suman la 1.377 semanas que se indican.

Es por ello que sustento en esos términos el recurso de apelación, por considerar que si bien se ha descartado el régimen de transición, cumple con los requisitos para obtener dicha prestación, en los anteriores términos, dejo sustentado mi recurso de apelación...”

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 **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, solicita se absuelva a la entidad del reconocimiento de pensión de vejez deprecado al considerar que, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 ni tampoco con la contemplada en el Acto Legislativo 01 de 2005; que a la demandante se le debe aplicar lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 y que con dicha normativa, la demandante tampoco tendría derecho a la pensión de vejez, por no contar con las semanas mínimas para ello; que los períodos que se alegan como laborados, la demandante no estuvo afiliada al sistema de seguridad social, por lo que, el empleador debe pagar el correspondiente cálculo actuarial.

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, como da cuenta la Resolución SUB 37866 del 14 de febrero de 2019, en la que, se señala como fecha de reclamación el 9 de enero de 2019 (fl. 23)

PROBLEMA JURIDICO



Conforme a las pretensiones invocadas en el libelo demandatorio, las inconformidades presentadas por la accionada en la contestación de la demanda y los fundamentos esbozados por la juez de primera instancia, esta Colegiatura en ejercicio de las facultades legales consagradas en el artículo 66A del CPL, procede a determinar cómo problema jurídico a resolver, si le asiste derecho a la demandante a que le sean tenidos en cuenta los periodos laborados y no cotizados por quienes aduce, fueron sus empleadores, a efectos de la construcción del derecho pensional.

De resultar afirmativa la anterior premisa, establecer si le asiste derecho a la accionante a que la demandada le reconozca y pague la pensión de vejez, en aplicación a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

DE LA MORA EN EL PAGO DE APORTES AL SISTEMA

Afirma la parte demandante que prestó sus servicios a favor de los empleadores Tia Ltda, Asistencia Temporal, Intecma S.A., Industria Técnica; Rodríguez Franco y C; Compensar, Diarios Asociados Ltda – El Bogotano, Wilches Peña María Magdalena, para los interregnos del 10 de octubre de 1979 al 30 de septiembre 2018, sin embargo, hubo tiempos que no le fueron cotizados a la seguridad social en pensión.

En este evento, ha adoctrinó la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia entre otras, en las sentencias CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, en la que se concluyó que «...las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan



adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación».

De otro lado, y si bien es cierto, el trabajador no se encuentra obligado a soportar las consecuencias en la omisión del empleador respecto a la cotización oportuna de los aportes a la seguridad social, no menos cierto es, que le corresponde a aquel demostrar, que en efecto, en los periodos que echa de menos prestó efectivamente su fuerza de trabajo para el dador de laborío, pues de esta manera, se garantiza que las condenas estén soportadas en tiempos de servicio efectivamente laborados y, a su vez, evita la concesión de pensiones a las cuales no se tiene derecho. (Ver sentencia SL413-2018).

Al descender al caso puesto a escrutinio de la Sala, se tiene, que la demandante alude la falta de cotizaciones por parte de los empleadores a quienes les prestó su fuerza de trabajo, sin hacer claridad en torno a que contratantes y mucho menos cuales periodos, por lo que, se revisó el expediente administrativo – Archivo 18 – nombrado como GR-HLA-AF-2016_8961628-20160809084656 del informativo, encontrando las afiliaciones efectuadas a nombre de la demandante antes de diciembre de 1994 y en la historia laboral (expediente digital nombrado “01Cuaderno Físico” fl. 54), las cotizaciones de enero de 1995 a la actualidad, así:

Nombre de Empresa	Fecha Ingreso	Fecha Retiro
Tia Ltda	10/10/1979	02/11/1979
Asistencia Temporal Ltda	01/01/1981	21/01/1981
Diarios Asociados Ltda – El Bogotano	27/04/1981	28/02/1983
Diarios Asociados Ltda – El Bogotano	01/03/1983	11/08/1985
American Vig Ltda	10/08/1985	11/08/1985
Intecma S.A.	13/02/1986	31/12/1994
Industrias Técnica	01/01/1995	15/02/2000
Rodríguez Franco y C	01/02/2010	30/06/2010



Rodriguez Franco y C	01/10/2010	28/02/2014
Wilches Peña Maria	01/07/2014	30/09/2014
Rodriguez Franco y C	01/09/2014	30/06/2016
Compensar	01/10/2016	31/03/2017
Wilches Peña Maria	01/05/2017	31/08/2019

Ahora bien, no pasa inadvertido esta colegiatura, que la demandante, con el líbello introductor, allegó certificación laboral obrante a folio 13, sin embargo, la misma no cumple con los parámetros mínimos de validez, ello por cuanto quien suscribe dicha certificación es María Isabel De Latorre, persona que no acredita la condición de representante legal de la empresa certificante, además, tampoco se advierte logo, identificación tributaria de la sociedad o membrete que permita inferir que el documento fue emanado por la persona jurídica que pretende certificar, tampoco se acompañó certificación de cámara de comercio o documento idóneo que diera fe, que quien suscribe el documento, ostentó la calidad de Gerente, Representante legal o Director del área de recursos humanos de la compañía.

En tal virtud, y en aplicación a las reglas de la sana critica prevista en el artículo 173 del C.G.P., norma aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., y los artículos 60 y 61 del Compendio Adjetivo Laboral, es que, para ésta Sala, no se logró acreditar por parte de la promotora del juicio la existencia del vínculo laboral que la ató con la sociedad Diarios Asociados Ltda – El Bogotano dentro de los extremos temporales allí enunciados, pues se itera, la documental con la cual se pretendió demostrar tal vinculación, no ostenta la virtualidad de acreditar la prestación efectiva del servicio para con la citada sociedad, ello, en tanto se desconoce la participación, del suscribiente de dicha certificación, en la sociedad certificadora, así mismo, los documentos no comporta los requisitos mínimos propios de una certificación laboral.



Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia Rad. 37555 del 23 de febrero de 2010 con ponencia del H. Magistrado Dr. Luis Javier Osorio López, enseñó que:

*«Y en lo que atañe a la nueva construcción jurisprudencial que alude el censor, que tiene que ver con la responsabilidad de las administradoras del régimen de pensiones, frente a la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, cuando ésta no utiliza las herramientas legales de cobro para realizar el recaudo efectivo de la cotización, es menester aclarar, que **tal orientación doctrinaria no tiene aplicación en asuntos donde se presenta el incumplimiento en el deber de inscripción o afiliación del trabajador**, que es lo que acontece en la presente causa, en la cual la demandada Federación Nacional de Algodoneros omitió afiliar al ISS al trabajador demandante desde la fecha de inicio de labores, y lo hizo luego de transcurrido varios ciclos o meses, que es el tiempo que ahora reclama la parte actora se le tenga en cuenta para alcanzar las 1.000 semanas de cotización exigidas por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año. Lo anterior por cuanto **al no mediar afiliación o inscripción, no surge la cotización que permita hablar de mora en el cubrimiento de aportes**, ni se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas referentes a la recaudación de cotizaciones. (...)» (Resalta fuera de texto).*

Aspecto que fue objeto de reciente pronunciamiento por la Alta Corporación en sentencia SL 14388 Rad. 43182 del 20 de octubre de 2015, M. P. Dr. Rigoberto Echeverri Bueno, al aludir la existencia de sendas diferencias entre «los efectos de una ‘mora’ en el pago de los aportes, de los de una ‘falta de afiliación’ al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el Tribunal y lo resaltan los opositores» agregando que no es «posible asemejar ese fenómeno al de la ‘mora’ en el pago de los aportes, pues ‘**..no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados**, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia’ (...)»

De acuerdo a los vínculos laborales reportados en la historia laboral allegada, en expediente administrativo y reporte detallado de historia



laboral antes de 1994 (Expediente administrativo – Archivo 18 – nombrado como GNR-HLA-AF-2017_4167385), se constató que las empresas, Tía Ltda, Asistencia Temporal Ltda, Intecma S.A., Industrias Técnica, realizaron el pago de los aportes al sistema de seguridad social integral en pensiones, en forma correcta, es decir, desde la fecha de afiliación hasta la fecha del retiro de las respectivas empresas a María Magdalena Wilches Peña.

En lo atinente a la contabilización de tiempos enunciados en el libelo genitor, respecto a Diarios Asociados Ltda, debe precisar esta Corporación que, incurre en un desacierto la parte actora, al pretender la contabilización de tiempos anunciados en el *libelo genitor* como en mora, cuando del reporte detallado de semanas cotizadas visible en el expediente administrativo – Archivo 18 – nombrado como GR-HLA-AF-2016_8961628-20160809084656 del informativo, emana indiscutible que la pasiva no debía adelantar tales gestiones frente al período del 21 de enero de 1981 al 26 de abril de 1981, por cuanto, la señora María Magdalena Wilches Peña no se encontraba afiliada al sistema de seguridad social.

Pese a lo expuesto, la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones sí debía impetrar acciones de cobro por los períodos adeudados por Diarios Asociados Ltda – El Bogotano, por los ciclos del 1 de marzo de 1983 al 11 de agosto de 1985, por encontrarse el empleador en mora de pagar los aportes al sistema de seguridad social en pensiones por este interregno de tiempo, máxime que en la observación del reporte detallado, la misma entidad relacionó como observación como “*Tipo Deuda Debido Cobrar*”, equivalentes a 127,71 semanas y no como se señaló en primera instancia (125,86).



Adicional a las anteriores consideraciones, se tiene que para el mes de septiembre de 2017, la demandante estaba pagando los aportes al sistema de seguridad en pensiones con el régimen subsidiado y para dicho ciclo el estado no hizo el pago del aporte correspondiente, por lo que, Colpensiones, debía reclamarlo de acuerdo a las acciones de cobro, y como no lo hizo, deberá asumir la responsabilidad de la omisión frente a los aportes de dicho mes, equivalente a 4,29 semanas.

Consecuencia de lo anterior, se deberán tener en cuenta un total de 132 semanas de cotización en forma adicional, ya que los demás períodos laborados, fueron tenidos en cuenta en forma idónea por Colpensiones, como se señaló en forma precedente.

Al corregirse los períodos a tener en cuenta para la contabilización de las semanas, procederemos a estudiar la viabilidad del reconocimiento de la pensión de vejez.

PENSIÓN DE VEJEZ

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

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, copia del documento de identificación y registro civil de nacimiento de la accionante (fls. 10 y 12), copia de la Resolución SUB 37866 del 14 de



febrero de 2019, en el que se resolvió la solicitud pensional (fls. 23 del expediente digital), expediente administrativo (expediente digital enunciado como 02ExpedienteAdministrativo) e historia laboral tradicional y reporte de semanas (fls. 62 a 68); probanzas de las cuales se colige, que MARÍA MAGDALENA WILCHES PEÑA nació el 29 de abril de 1959, razón por la cual, el mismo día y mes del año 2016 cumplió 57 años de edad (fl. 10 a 12), a más que dichas pruebas documentales, no fue reargüida ni tachada de falsa, en su oportunidad legal; en igual sentido, tampoco se encuentra en discusión que la demandante perdió el régimen de transición y por tanto se le debía aplicar la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

Así las cosas, con el objeto de atender el problema jurídico principal, correspondiente al tiempo de servicio prestado por la demandante, para contabilizar las semanas de cotización que deben tenerse en cuenta para resolver sobre la prestación pensional, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que en su artículo 9º dispuso:

«ARTÍCULO 9o. El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 quedará así:
Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
 1. *Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*
A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.
 2. *Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*
A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.
 (...)»



Con tal propósito, de la documental adosada a folios 55 del diligenciamiento, se evidencia que para la data del último aporte – 31 de agosto de 2019- María Magdalena Wilches Peña contaba con 1.158,86 semanas (reporte actualizado al 13 de septiembre de 2019).

Así las cosas, una vez sumadas las semanas reportadas en la historia laboral (1.158,86) con las semanas tenidas en cuenta en esta instancia (132), se tienen un total de 1290,86 semanas, las cuales se aproximarán a su siguiente dígito, de acuerdo a los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral², quedando como semanas cotizadas, la suma total de **1291**.

En tal contexto, analizado el diligenciamiento, no emanan cumplidos los presupuestos para establecer que la señora María Magdalena Wilches es acreedora de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

Dimanando, se *itera*, en la confirmación del fallo de primer grado.

COSTAS. En esta segunda, las mismas estarán a cargo de la parte demandante ante la improsperidad del recurso de alzada. Se tasan como agencias en derecho la suma de \$100.000, las cuales se liquidarán por el juzgado de conocimiento.

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.

² Sentencia 27471 del 17 de agosto de 2006



RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en audiencia pública virtual celebrada el 18 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

SEGUNDO: COSTAS. Se revoca la condena en costas impuesta por el *Aquo*, para que en su lugar lo que estén a cargo de la parte demandante, liquídense en primera instancia. En esta segunda instancia sin costas dado el resultado de la alzada.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JEANINE ROJAS GARCIA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL 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 treinta (30) días del mes de abril 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 tramitará así:

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

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

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



SENTENCIA

DEMANDA: La señora JEANINE ROJAS GARCIA solicita se reconozca la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual; se declare la nulidad del traslado; se declare la exclusión de todo efecto jurídico de la afiliación; se declare la validez de la afiliación a Colpensiones.

Consecuencia de lo anterior, se declare que la AFP debe devolver al Régimen de Prima Media todos los aportes, rendimientos, bonos, pensiones girados y demás conceptos económicos; se ordene a Old Mutual S.A., a trasladar los aportes de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil; se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación de JEANINE ROJAS GARCIA al Régimen de Prima Media y a actualizar la historia laboral de la demandante; a reconocer derechos ultra y extra petita y al pago de costas procesales y agencias en derecho (fl. 3 a 4).

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 y 2 de las diligencias, que en síntesis advierten, que Jeanine Rojas nació el 9 de abril de 1965; que empezó a cotizar a seguridad social en pensiones en marzo de 1989; que suscribió formulario de afiliación el 28 de marzo de 1998 con Colmena hoy Protección S.A.; la demandante no diligenció el formulario, solo lo firmó; en mayo de 2013 firmó el formulario de traslado a Skandia hoy Old Mutual; Protección se abstuvo de dar información correcta respecto a las ventajas y desventajas de cada régimen pensional; tampoco le informó sobre las consecuencias de su traslado y la pérdida de beneficios pensionales, la edad mínima para pensionarse y el saldo que debía acreditar en su cuenta individual para obtener la pensión; que cuenta con 1080 semanas de cotización en el RAIS; que en total ha cotizado 1240,29 semanas hasta marzo de 2019;



que Old Mutual hizo una proyección pensional el 14 de junio de 2019, indicándole que se le pagaría una pensión de garantía mínima por no contar el capital suficiente para el reconocimiento prestacional; la pensión en el Régimen de Prima Media correspondería a un IBL de \$8.775.813 y aplicando una tasa de reemplazo del 60,5% la mesada pensional correspondería a \$5.309.367,13, siendo ostensiblemente superior la diferencia entre los dos regímenes pensionales; con comunicación del 24 de julio de 2019 se le negó a la demandante el traslado a Colpensiones.

CONTESTACIÓN:

La demandada, **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que al momento de afiliarse la demandante venía de estar afiliado a Porvenir, por ende, ya tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, ventajas, características y demás componentes de este régimen; que a la fecha de afiliación con la administradora, le es aplicable la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por contar con menos de 10 años para pensionarse; que en caso de generarse la inexistencia de la afiliación no es posible reintegrar las sumas de dinero descontadas por concepto de comisión de administración, ya que este concepto es destinado para pagar una póliza, que cubre los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que la afiliación de la demandante fue legal y bajo los postulados de buena fe.

Excepciones: Formuló los medios exceptivos de fondo que denominó Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de



régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado; ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS; ausencia de falta al deber de asesoría e información; los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; prescripción, buena fe y la genérica (fl. 95 a 105).

La accionada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, al considerar que la vinculación de la demandante, fue un acto libre y espontáneo y por ello, no puede prosperar la pretensión de nulidad de traslado; que no es viable declararse la nulidad y/o ineficacia del traslado por las expectativas económicas que tenga la demandante; que Protección ya trasladó la totalidad de los aportes a la AFP Old Mutual; que la fórmula para liquidar las pensiones que se reconocen en el RAIS se encuentran señaladas en la Ley (fl. 141 a 154).

Excepciones: Formuló como medios exceptivos los que denominó, Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; innominada o genérica; 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; 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; traslado de aportes (fl. 1657 a 1684 de la carpeta – 01 del expediente digital).



Entre tanto, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, al descorrer el traslado de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando para tal efecto que, la demandante estuvo afiliada a la entidad, pero solicitó su traslado a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN y dicha actuación es válida, al no encontrarse ningún vicio del consentimiento; que la demandante no puede trasladarse, ya que cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que para el momento de la afiliación no era posible establecer el IBL a cotizar en el futuro.

Excepciones: Propuso los medios exceptivos que denominó error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, petición anticipada, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido; buena fe, innominada o genérica (fl. 175 a 184).

DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 20 de enero de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado que efectuó la demandante señora JEANINE ROJAS GARCIA del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN, que tuvo como fecha de suscripción el 28 de marzo de 1998, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida; **condenar** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que se encuentren contenidos



en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con los rendimientos financieros y de bonos pensionales si a ella hubo lugar; **condenar** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a admitir el traslado de régimen pensional de la señora JEANINE ROJAS GARCIA y a ACEPTAR los valores que remita la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL; **declarar** no probadas las excepciones propuestas; sin costas.

El pronunciamiento fue fundado, en los siguientes criterios;

“...en ese orden de ideas reitero, pues no encuentro fundado el cumplimiento del deber de información, y en ese orden de ideas recordemos resolveré de manera favorable el problema jurídico presentado, en consecuencia declarar válida la afiliación de la demandante en el régimen de prima media registrado por Colpensiones, respecto de la devolución de los valores que se encuentren contenido en la cuenta de ahorro individual, debo aclarar que este caso en particular si tendrá también una situación especial, es que el hecho que Protección S.A Y Old Mutual en los términos anteriormente indicados, tuvieron la oportunidad de subsanar el deber de información, Protección por cuanto asumía las obligaciones para transición comercial de Colmena es decir no participó en el acto inicialmente celebrado, que hoy se declara ineficaz y por parte de Old Mutual, cuando se realiza el respectivo cambio efectivamente ya se encontraba imposibilitada legalmente, razón por la cual de estas entidades aquí demandadas no les puede imputar esa omisión y en ese orden de ideas ordenaré surtir la devolución de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual por parte de Old mutual, pero no los gastos de administración pues como lo indique en este caso en particular no se evidencia a estas entidades circunstancia particular que dé lugar a esa imposición, por lo tanto la devolución que ordenare será, dirigir a Colpensiones todos los valores que se encuentren contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos financieros, fondos pensionales si existió lugar, así entonces, se determinará la respectiva condena”

RECURSO DE APELACIÓN:

La demandada, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, elevó recurso de apelación contra la anterior



determinación, al considerar que no se podía declarar la nulidad del traslado por cuanto la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797, al contar con menos de diez años para cumplir la edad de pensión; que tampoco, existe ningún vicio de consentimiento para declarar la nulidad del traslado; en la suscripción del formulario de afiliación; tampoco se tenía una expectativa legítima; que se viola el principio de sostenibilidad financiera que se funda en la prohibición legal de traslado en la que se encuentra inmersa la demandante, que del interrogatorio de parte a la actora se desprende que se tuvo un consentimiento informado al conocer las consecuencias del traslado; que se escoge la forma de financiar la pensión y no un monto pensional, que es el único motivo de su descontento, que, conoce ambos regímenes no solo por la información brindada por la AFP privada sino también por el conocimiento brindado por otras personas; que ella gozó de los beneficios de pertenecer al RAÍS; que debe demostrarse clara, cierta y específicamente, cuál fue el daño determinante para el momento en que se tradujo el traslado, y en el caso concreto no se dio; de no acogerse los argumentos señalados, solicita se ordene la devolución de los gastos de administración en la medida que así lo ha dispuesto la H. Corte Suprema de Justicia y dichos dineros, debe ingresar a Colpensiones, por lo que, solicita se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas. (53:40).

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 su apoderado judicial solicitó se confirmara la sentencia de primera instancia, arguyendo para tal efecto que las administradoras de pensiones no asesoraron sobre las consecuencias



del traslado que realizaría la demandante; que tampoco se encuentra acreditado que la afiliación hubiese sido suscrita en forma libre, voluntaria e informada.

La **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, asevera que se debe revocar la sentencia, al considerar que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003 y por ello, no es posible su traslado al RPM; que no se acredita un vicio del consentimiento o asalta de buena fe al trasladarse de régimen, ya que para la fecha en que se realizó el traslado no era posible saber el Ingreso Base de Cotización,, ya que no se podía calcular o establecer los aportes que se realizarían; que el formulario fue suscrito en forma voluntaria; que la demandante estuvo afiliada por varios años en el RAIS.

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

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

En lo que corresponde al requisito de procedibilidad contemplado en el artículo 6° del C.P.L. y de la S.S., modificado por el artículo 4° de la Ley 712 de 2001, del material probatorio recaudado se evidencia su cumplimiento conforme se desprende la documental vista a folios 26, 28 y respuesta a la petición presentada por la demandante el 24 de julio de 2019, en la que se negaba el traslado a Colpensiones obrante a folio 49.

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

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., en especial, copia del Registro Civil de Nacimiento (fl. 24); copia de la cédula de ciudadanía de la demandante (fl. 42); derecho de petición elevado a Old Mutual (fl. 26); respuesta emitida por Protección (fl. 27); derecho de petición incoado ante Protección (fl. 28); Historia Laboral Consolidada emitida por Old Mutual (fl. 29 y 113); reporte de semanas cotizadas a Colpensiones, actualizadas a 24 de julio de 2019 (fl. 37); proyección de ingreso base de liquidación (fl. 40); formulario de afiliación a fondo de pensiones obligatorias Skandia (fl. 43 y 112); formulario de afiliación a Colmena (fl. 44); respuesta a derecho de petición por parte de Old Mutual (fl.45); respuesta a derecho de petición – Colpensiones (fl. 49); estado de cuenta expedido por Skandia (fl.121); derecho de petición solicitando copia de asesorías realizadas (fl. 129); respuesta de Old Mutual frente al requerimiento de asesorías (fl.130).



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

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

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

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



providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en



el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

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

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que



las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

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

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

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

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

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

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

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

1. *Debida Diligencia.* Las administradoras del Sistema General de Pensiones deberán emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios a los consumidores financieros, a fin de que éstos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en relación con las opciones de



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

En todo caso, el consumidor financiero podrá solicitar en cualquier momento durante la vigencia de su relación con la administradora toda aquella información que



requiera para tomar decisiones informadas en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



precedente a fin de garantizar los derechos al debido proceso, congruencia y la seguridad social.

TEORIA DEL CASO

Al analizar las pruebas documentales, se colige que la demandante se encontró inicialmente vinculada al Instituto de Seguros Sociales desde el 5 de septiembre de 1991 tal como se advierte de la historia laboral que obra a folios 37 y 38 del informativo, para luego trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección el 28 de marzo de 1998; seguido a ello, realizó un nuevo traslado dentro del mismo régimen para de esta manera afiliarse a la AFP Skandia hoy Old Mutual, el 22 de febrero de 2013, tal como se advierte a folio 43 de las diligencias, fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliada la demandante al subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Colmena hoy Protección S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo, tal como se exige desde la expedición artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Información que no se encuentra acreditada en el plenario ni aun deviene del formulario de afiliación (fl. 32).

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 *«...mientras yo iba corriendo de un lugar a otro viendo pacientes este señor me perseguía doctora que por favor se pase a un fondo privado, en*



ningún momento el señor se sentó, porque además no tenía yo tiempo en mi desempeño como pediatra en la clínica, en ningún momento él se sentó a explicarme un régimen o el otro, lo único que él sí me dijo es no pierda su plata porque Colpensiones en esa época vuelvo y digo seguro social, están quebrados, recupere su plática mejor no la ponga en riesgo, pásela a un fondo privado y usted se puede pensionar en 20 años con nosotros, en medio del afán de todo mi trabajo, porque a mí me llamaban de salas de cirugías, a mí me llamaban de urgencias me llamaban de todas partes, el señor me decía, doctora vaya dándome los datos para el formulario, yo en medio de todo mi afán, tampoco el señor nunca tuvo la cautela de explicarme, entonces usted se puede pensionar dentro de 20 años y no pierda su plata, ese fue todo el argumento, y finalmente yo termine firmando en un mesón del tercer piso de pediatría, cuando el señor después de haberme perseguido como por tres días me dijo, mire doctora aquí está el formulario, mire cuantos compañeros suyos se han afiliados, hágalo tranquila que en 20 años tiene su pensioncita, esa es más o menos la explicación, en ningún momento tuve la asesoría por ejemplo de decirme que dependía del monto total de ahorro, él no me lo dijo, tampoco pues se habla de una proyección a largo plazo, no se hizo el simulador que ahora existe eso no se hizo en esa época y , eso fue en tiempo y en lugar como ya les dije fue en la clínica... eso fue la circunstancia, eso fue supremamente rápido, el asesor estaba reclutando por decir así a las personas, a los médicos que entre otras cosas todos trabajamos por prestación de servicio, entonces a la clínica no le importaba a qué régimen estábamos afiliados, porque ellos simplemente nos pagaban las horas que trabajamos, entonces este señor en vista digamos de nuestra fragilidad por decirlo así o vulnerabilidad, como personas que estábamos como una veleta, entonces él dijo no vénganse todos a pensiones privadas, pero eso fue uno a uno, no fue que nos hicieran una reunión no nada de eso porque no había cómo, cada uno estaba en su especialidad y



así fue como termine afiliada al fondo privado esa es la circunstancia.».
(Cd. Fl. 189).

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

Por manera que, la sociedad Old Mutual S.A., incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

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



la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

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

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

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

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

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



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

(...)

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

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de Colpensiones y como quiera que fue objeto de apelación, modificar el numeral segundo de la sentencia apelada, en el entendido de ordenar a la AFP OLD MUTUAL, a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales en el evento en que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, en lo demás, se confirmará la decisión adoptada en primera instancia, debido a que se encuentra ajustada a derecho.

COSTAS

Sin costas en esta segunda instancia, al salir avante el recurso de apelación formulado por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y estar conociendo en el grado jurisdiccional de consulta.



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

R E S U E L V E

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el 20 de enero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **JEANINE ROJAS GARCIA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, y **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL**, en el entendido de ordenar a la AFP **OLD MUTUAL**, a trasladar a **COLPENSIONES** todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento que hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dada la ineficacia del mismo, conforme lo enunciado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta segunda instancia, al salir avante el recurso de apelación formulado por la parte demandada Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones y estar conociendo en el grado jurisdiccional de consulta.



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



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **JOSÉ ENRIQUE ZULUAGA CASTRO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR** 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 treinta (30) días del mes de abril 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»



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.

SENTENCIA

DEMANDA: El señor Jorge Enrique Zuluaga Castro solicita se declare la anulación por ineficacia del traslado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por omitir el deber de información; que se ordene el traslado y respectiva afiliación del demandante a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como si nunca hubiera dejado de cotizar; que se ordene a la AFP Porvenir a devolver los dineros, gastos de administración, recibidos con motivo de la afiliación del demandante, con sus respectivos rendimientos; que se debe condenar al pago de las costas del proceso y derechos ultra y extra petita.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 4 de las diligencias; que en síntesis advierten que, fue afiliado al sistema de seguridad social el 6 de agosto de 1986, administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones; que se trasladó a Porvenir S.A., el 29 de junio de 1995; que no recibió asesoría respecto a su traslado y solo se limitó a firmar el formulario de afiliación; que el fondo suministraba información falsa, con el fin de tener más afiliados; que no fueron realizadas proyecciones, ni comparativos de



las mesadas que podía devengar en los diferentes regímenes; que realizado un estudio actuarial verificó que tendría una mesada pensional superior en el RPM; que fue solicitado el traslado a COLPENSIONES, sin embargo, la entidad no ha aceptado dicho pedimento.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que se no obra en el expediente prueba alguna de que al actor se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se esté en presencia de un vicio del consentimiento.

Excepciones: Propuso 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; innominada o genérica (fl. 70 a 88).

CONTESTACIÓN: La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a las pretensiones, en lo atinente a la entidad, al considerar que el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo en forma libre y espontánea y debidamente informado, al recibir asesoría, respecto a las condiciones, beneficios, características, y consecuencias de su traslado, respecto a las pretensiones dirigidas contra Colpensiones, guardó silencio.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos, los de prescripción, prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por



ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (fl. 119 - CD).

DECISIÓN: Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 25 de febrero de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 29 de junio de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1 de julio de 1995, por intermedio de la AFP Porvenir, consecuencia de tal declaración, declaró como válida la afiliación a Colpensiones; **condenó** a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante JORGE ENRIQUE ZULUAGA CASTRO, concediendo el término de un mes, para realizar dicho trámite; **condenó** a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante y actualizar su historia laboral; **declaró** no probadas las excepciones; **condenó** en costas a PORVENIR; y **ordenó** la consulta de la sentencia.

La decisión fue fundada en;

“..El trabajador no puede entonces, acreditar que no recibió la información correspondiente, a su contraparte le corresponde entonces demostrar que sí la brindó, dado que está en una mejor posición de hacerlo.

Ahora bien, considera este despacho que en este asunto concreto, Porvenir no logra demostrar que efectivamente le dio la información suficiente al señor JORGE ENRIQUE ZULUAGA, si bien, como lo señalan las apoderadas en sus alegatos de cierre, y escuchar también a la apoderada de COLPENSIONES, se firmó un formulario, un formulario que como se puso de presente, pues no fue desconocido, fue aceptado que fue firmado de manera voluntaria, no obstante lo anterior, ese formulario por sí solo no logra generar un convencimiento, de que efectivamente tuvo al momento de tomar esa decisión trascendente, que definía su situación pensional futura, un consentimiento informado una



información suficiente, para poder conocer, pues esas, o entender la trascendencia de la decisión que se estaba tomando en ese momento.

Nótese como, de este formulario, pues, no se logra extraer sino una leyenda, a parte de los datos propios de contacto, información básica, solo se está la leyenda de que hace constar que realizó en forma libre y espontánea sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual, así como la elección de la administradora Porvenir, leyenda que por si solo, pues considera el despacho es un formato preimpreso, es una adhesión a este formulario, sin que con ello se demuestre que efectivamente se cumplió con ese deber de información que data en el artículo 97 de la Ley 663 de 1993, adicional a lo anterior, pues téngase en cuenta que nuestra Corte Suprema de Justicia, ya ha señalado en diferentes pronunciamientos como la SL 1452 que ya hemos citado, otras anteriores, 4964 DE 2018; 49447 de 2017 que se trata de formas preimpresas o formatos genéricos que a lo sumo demuestran un consentimiento informado.

Del interrogatorio de parte del demandante, pues, no se logra tener una confesión con efectos de poder endilgarle que efectivamente conocía características del régimen pensional, condiciones de pronto, pensiones así o pese al interrogatorio que les hace las apoderadas de Porvenir y Colpensiones al demandante, pues no logran demostrar que efectivamente el demandante tenía un conocimiento de las características de uno otro régimen, ventajas y desventajas, nótese incluso, como nada se confiesa al respecto, más allá de que existió una reunión donde se suministró información cada vez que podría tener una pensión más rápida, más celera al momento de ser otorgada, una mejor pensión y se pueda pensionar de manera anticipada, pues no nos da mayores características incluso del régimen de ahorro individual, características que uno podría indicar que tenía el régimen de ahorro individual...

Informa que tuvo una asesoría, que unas simulaciones pensionales que le indicaron como, y que esa es su motivación de trasladarse, porque, pues se sintió engañado, ya que en el momento inicial, le habían indicado que iba tener una mejor pensión y efectivamente sin que le hubieran hecho cálculos porque también se le indaga sobre esto y por ello, no podría tenerse como confesión..."

RECURSOS DE APELACIÓN



El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., considera que para el año 1995 la administradora no tenía la obligación de informar cuando el demandante se trasladó de fondo, por ello, no se puede exigir información detallada para dicha fecha; la proyección o simulación de la pensión no podía realizarse al momento de la afiliación, por no tenerse la obligación de realizar dicho trámite, ya que, la pensión depende del Ingreso Base de Liquidación; se duele de que no hubiese sido bien interpretada la Ley 100 de 1993, respecto al deber de información; que el demandante en el interrogatorio de parte, hace ver que la entidad le suministró información, a través del asesor; que la única motivación del demandante para trasladarse de régimen, es la parte económica; en caso de confirmarse la sentencia respecto a la ineficacia del traslado, solicita la revocatoria en cuanto a los aportes realizados y denominados, pensión de garantía mínima, gastos de administración y devolución de deducciones del aporte, ya que, estos conceptos tienen una regulación legal y la entidad administró los dineros del demandante en forma idónea, por ello, estos conceptos deben ser asumidos por el demandante.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, solicitó se revocaran los numerales, 1, 2, 3, 4, al considerar que se hizo una indebida valoración probatoria, por cuanto el demandante confesó que Porvenir le suministró información para realizar el traslado; el demandante en 1995 escogió en forma libre a Porvenir para que le administrara la pensión; además al demandante lo motiva devolverse a Colpensiones únicamente, el monto pensional que puede llegar a devengar; que se estaría descapitalizando el sistema al aceptar el traslado pretendido; que transcurrieron más de 10 años del traslado del demandante, por la posible liquidación del Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, él continuó afiliado a Porvenir; es



difícil probar los hechos ocurridos en el año 1994, y solo se tiene el interrogatorio de parte del demandante.

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 **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, reclama se revoque la sentencia, al estar la demandante inmersa en un impedimento legal para trasladarse de régimen, al restarle menos de 10 años para pensionarse; al no acreditarse los vicios del consentimiento, adicional a ello, no se solicitó la nulidad del traslado dentro del término que señala la normatividad civil; que existió ratificación tácita al aceptar que le sean realizados descuentos con destino a la cuenta de ahorro individual; por otro lado señala que, no existe prueba que permita acreditar que existió algún vicio del consentimiento, por el deber de información; respecto al deber de información señaló que, este se encuentra a cargo del demandante, adicionalmente señala que, el deber de información se reglamentó en los años 2014 y 2015 y antes de dichas anualidades solo se cuenta con el consentimiento a través del diligenciamiento del formulario de afiliación; en lo atinente a la descapitalización del sistema, señaló que no se podía subsidiar a un afiliado con los recursos ahorrados por otros afiliados al sistema; subsidiariamente ruega se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los aportes del demandante por parte de la AFP.

La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, reclama se revoque la sentencia, dado que el traslado fue realizado en forma libre y voluntaria, al haberse suscrito el respectivo



formulario de afiliación, por no existir norma expresa que señalara respecto al deber de información; la demandante pudo trasladarse al RPM, sin embargo decidió permanecer en el RAIS; respecto a los gastos de administración indicó que no era procedente ordenar la devolución, ya que, la AFP ha pagado a aseguradoras por seguros previsionales que legalmente debe contratar y las mismas están extintas o se agotaron; al desestimarse la ineficacia del traslado de régimen y la devolución de dineros, deben desestimarse la condena en costas.

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 folios 37 y 42 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

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



atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por JOSÉ ENRIQUE ZULUAGA CASTRO al régimen de ahorro individual administrado por el Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., certificado de afiliación expedida por Colpensiones (fl. 19); formulario de afiliación a Porvenir (fl. 20); historia laboral expedida por Porvenir (fl. 21 a 29); comunicados de Porvenir al demandante del 10 de septiembre de 2019 (fl. 30, 31); respuesta a solicitud del 2 de julio de 2019 (fl. 32, 35, 37); formulario denominado “ANEXO 10”, “CONFIRMACIÓN SOLICITUD DE AFILIACIONES Y DOCUMENTOS” (fl. 39); Anexo de vinculación para trabajadores independientes y/o aportes voluntarios (fl. 40); anexo 11 (fl. 41); respuesta de Colpensiones del 20 de junio de 2019 (fl. 42); copia cédula de ciudadanía (fl. 48); entrevista a cliente (fl. 49); estudio de situación pensional (fl. 61).

1. ¿DEBEN LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES INFORMAR A LOS USUARIOS SOBRE LOS PRO Y CONTRA DE SU TRASLADO?



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

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

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

Ahora, la Corte Suprema de Justicia dentro del concepto de la doctrina probable y la obligatoriedad del precedente ha enseñado, en lo que a la obligación de información que las AFP deben suministrar a



sus afiliados, en sentencia del 22 de noviembre de 2011, RAD: 33083, reiterada en providencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón, que:

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

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

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

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

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

Criterio reiterado en la sentencia SL 12136 – 2014 Rad. 46292 del 3 de septiembre de 2014 con ponencia de la H. Magistrada Dra. Elsy



Del Pilar Cuello Calderón y recientemente en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre de 2017 con ponencia del H. Magistrado Dr. Fernando Castillo Cadena, al enseñar que:

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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



asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante



*puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

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

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

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

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

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

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

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

En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la



realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez



del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

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

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

Con los argumentos esgrimidos, se deja sin piso alguno las alegaciones presentadas en la alzada por las apoderadas de Porvenir y Colpensiones, en lo atinente al deber de información.

Luego entonces, en cuanto al interrogante planteado, se puede concluir sin mayor elucubración que, todas las administradoras de pensiones, tienen el deber legal de informar a los usuarios que soliciten el traslado, las consecuencias, de tal determinación, las características del régimen, las condiciones de su traslado, los beneficios que este traería; las diferencias entre uno y otro régimen; y especialmente, las consecuencias de tal determinación, con el fin de que el usuario cuente con todos los elementos de juicio para cambiarse de administradora de pensiones.

2. ¿SE DEBE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO REALIZADO POR DEMANDANTE DEL RPM AL RAIS?



Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., en junio de 1995 (fl. 20), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado en el subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

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

Referente al interrogatorio de parte rendido por la convocante a juicio, nada disímil se extrae a lo ya anunciado, al ser reiterativo en afirmar que «... Yo trabajaba como ingeniero haciendo estudios de impacto ambiental y nos informaron que iba un asesor de Porvenir para indicarnos algo acerca de las pensiones, entonces, nos citaron a una reunión a los diferentes grupos de 20 o 35 personas, demoró como 15 minutos la reunión.», adicionalmente, indicó que les “..hablaron de las ventajas del fondo privado, que íbamos a podernos pensionar con menor edad, que las pensiones serían más altas, menos tiempo y además nos informaban que el Seguro Social se iba a acabar, iba a desaparecer. Teníamos que definir a que fondo nos íbamos a afiliar para no quedar desprotegidos”; aceptando que el formulario en efecto había sido suscrito por él, pero



que este no lo había diligenciado, ya que esta no era su letra. (Cd. Fl. 119).

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

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales del demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

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



que se deba declarar la nulidad, la cual apareja indiscutiblemente la ineficacia del traslado como consecuencia lógica.

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

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por JOSÉ ENRIQUE ZULUAGA CASTRO al fondo de Pensiones Porvenir efectuado en junio de 1995, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, por parte de la administradora.

3. ¿ES PERTINENTE ORDENAR LA DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES EN LA CUENTA INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE?

Dado que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se condenó a la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

«De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la



eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

(...)

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

En tal virtud, la Sala considera preciso, en atención al recurso de apelación impetrado por la apoderada de PORVENIR S.A, respecto al numeral segundo de la sentencia apelada, en el entendido de condenar a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración obrantes en la cuenta de ahorro individual de la



demandante, dada la ineficacia del mismo, es una consecuencia sobreviniente de la declaración efectuada.

Luego entonces, al confirmarse la sentencia de primera instancia, respecto a la ineficacia del traslado, no le quedaba otro camino al despacho, que ordenar la devolución de todos los dineros que en la cuenta individual tenga el demandante, sin la realización de ningún tipo de descuento, en tal sentido, también se confirmará el fallo apelado, en este aspecto, debido a que se encuentra ajustado a derecho tal determinación.

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

COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una y las que serán liquidadas por el juzgado de conocimiento.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 25 de febrero de 2021, dentro del proceso



ordinario laboral adelantado por **JOSÉ ENRIQUE ZULUAGA CASTRO** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..**

SEGUNDO: 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 S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una, las cuales serán liquidadas por el juzgado de conocimiento.

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

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Eduardo", is written over a light-colored rectangular background.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Luis Aleredo", is written over a light-colored rectangular background.

LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

A handwritten signature in dark ink, appearing to read "Diana Marcela", is written over a light-colored rectangular background.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Aclara voto

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



AUDIENCIA PÚBLICA ESCRITURAL EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **MARITZA YENDY OVIEDO ARANDA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** 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 treinta (30) días del mes de abril 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 MARITZA YENDY OVIEDO ARANDA solicita se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., consecuencia de ello, se declare que la administradora omitió informar al demandante sobre las implicaciones de su traslado al RAIS; se declare que la demandante siempre ha permanecido en el RPM sin solución de continuidad; se ordene a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero recibidos por concepto de aportes obligatorios; ordenar a COLPENSIONES reactivar la afiliación de la demandante y recibir los aportes del RAIS, se condene al pago de costas procesales y derechos ultra y extra petita.

Como pretensiones subsidiarias solicita se declare que el actor siempre ha estado vinculado a COPENSIONES; se ordene a PORVENIR devolver de todas las sumas de dinero por concepto de aportes al sistema de seguridad social integral; se reactive al demandante en el RPM.

Respalda el *petitum* en los supuestos fácticos visibles a folios 2 a 4 de las diligencias; que en síntesis advierten que, la señora MARITZA YENDY OVIEDO ARANDA nació el 24 de octubre de 1967; que estuvo afiliada en Colpensiones desde el 11 de abril de 1994; que firmó formulario de traslado a PORVENIR, sin tener la información sobre las consecuencias de su traslado; en el formulario de afiliación no se señaló la información suministrada a la demandante respecto a su traslado; el asesor de Porvenir el informó a la actora que podía pensionarse a cualquier edad, pero no le indicó que debía tener



determinado monto en su cuenta para ser beneficiaria de la pensión; que durante su afiliación a PORVENIR no le fue brindada asesoría; que el 28 de junio de 2019 fue solicitada la anulación del traslado a PORVENIR S.A., sin embargo, no ha recibido respuesta alguna; que el 28 de junio de 2019 solicitó el traslado de fondo ante COLPENSIONES, siendo tal pedimento resuelto en forma negativa.

CONTESTACIÓN: La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el demandante gozaba de autonomía para cambiar de régimen y dicho traslado fue realizado en forma libre y espontánea, sin que se hubiese acreditado algún vicio del consentimiento.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos los que denominó, prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones (fl. 79 a 85).

CONTESTACIÓN: La **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, al contestar el escrito demandatorio formuló su oposición a las pretensiones, en lo atinente a la entidad, al considerar que la afiliación efectuada por el demandante en el año de 1996 fue libre e informada, al ser asesorado en forma idónea sobre las implicaciones de su traslado, de acuerdo a la solicitud de vinculación; respecto a las pretensiones dirigidas contra Colpensiones, guardó silencio.

Excepciones: Propuso como medios exceptivos, los de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (fl. 128 a 144).



DECISIÓN:

Luego de surtido el debate probatorio, el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia pública celebrada el 5 de marzo de 2021, resolvió; **declarar** la ineficacia del traslado realizado por por MARITZA YENDY OVIEDO ARANDA al régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual; **ordenar** a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración; **ordenar** a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de PORVENIR y efectuar los ajustes de la historia laboral; **declaró** no probadas las excepciones; **condenó** en costas a AFP Porvenir y a favor de la demandante; y **ordenó** la consulta de la sentencia.

La decisión fue fundada en;

“..No se demostró en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia que ofreció una asesoría e información objetiva, suficiente y clara a la actora, en atención a su situación pensional sobre los efectos de traslado el 17 de enero de 1996, por cuanto al proceso solo se aportó el formulario de afiliación suscrito por la demandante, como se observa en el medio magnético obrante a folio 145 y no se acredita que en efecto se haya suministrado la información en los términos antes citados, máxime cuando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema desde la sentencia 31989 de 2008 ha indicado que la suscripción del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, o se hace efectuando libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas similares no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A los sumo acreditan un consentimiento libre de vicios pero no informado.

Lo que permite concluir que se presentó una vulneración al deber de información que conlleva a que el traslado de la actora del régimen de prima media al de ahorro individual sea ineficaz en el presente caso.



De igual manera y en gracia de discusión, el despacho debe indicar que la AFP demandada, también al momento de realizar el traslado el 17 de enero de 1996 incumplió con la obligación legal establecida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dado que realizó el traslado de la demandante sin el cumplimiento período mínimo de permanencia en el régimen de permanencia de tres años, pues recordemos que conforme obra a folio 35 del expediente, la primera afiliación de la demandante al Instituto de Seguros Sociales data del 11 de abril de 1994 y el traslado al RAIS fue el 17 de enero de 1996, es decir que para esta fecha se encontraba en la imposibilidad legal de la demandante de trasladarse de un régimen a otro.

Es por ello, que el despacho reitera que la afiliación de la demandante es ineficaz en el presente asunto...” (CD 12:00).

APELACIÓN

La ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, interpone recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, al considerar que, la entidad se encontraba en la primera etapa del deber de información, que, la parte actora al firmar el formulario de afiliación se acogió a las características e implicaciones que tenía el RAIS y en este caso, la demandante empezó a cotizar en vigencia de la Ley 100 de 1993, que no había iniciado su vida laboral con anterioridad a la expedición de la enunciada Ley, por lo que, no se le causó ninguna afectación, debe tenerse en cuenta esta situación para resolver sobre la ineficacia del traslado; la entidad cumplió con el deber de información; los requisitos del formulario de afiliación se encuentran reglados en el Decreto 692 de 1994; respecto a los gastos de administración, indicó que la entidad había manejado en forma idónea los dineros de la cuenta individual de la demandante y por ello, solicita se estudie la excepción de prescripción respecto al pago de los gastos de administración, porque su naturaleza tiene una destinación diferente, y frente al que sí operaría el fenómeno de la prescripción.



ALEGATOS DE SEGUNDA INSTANCIA:

Surtido el traslado en los términos previstos por el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 los extremos procesales guardaron silencio.

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 folios 44 Y 54 del informativo.

PROBLEMA JURIDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el 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 MARITZA YENDY OVIEDO ARANDA al régimen de ahorro individual administrado por el Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.,



junto con las consecuencias propias que de ello se deriva; por otro lado, establecer si es procedente declarar la excepción de prescripción respecto a los gastos de administración.

NULIDAD DEL TRASLADO

En aras de resolver la *Litis* planteada, esta Sala de Decisión se permite analizar las pruebas a que se contrae el expediente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del C.P.L., registro Civil de Nacimiento (fl. 32); copia de la cédula de ciudadanía (fl. 34); reporte de semanas cotizadas en Colpensiones – actualizado al 25 de abril de 2019 (fl. 35); historia laboral consolidada, expedida por Porvenir (fl. 39); certificado de no pensión expedido por Colpensiones (fl. 42); certificado de afiliación a Colpensiones (fl. 43); derecho de petición incoada a Porvenir el 28 de junio de 2019 (fl. 44); respuesta de Colpensiones a petición de fecha 5 de julio de 2019 (fl. 54); pruebas de Porvenir (CD, Fl 145).

1. ¿DEBEN LAS ADMINISTRADORAS DE FONDO DE PENSIONES INFORMAR A LOS USUARIOS LOS PRO Y CONTRA DE SU TRASLADO?

Para resolver esta dicotomía, sobre el tema de la obligación de informar, es preciso señalar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al unísono ha indicado que es deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones brindar, de forma profesional y completa, toda la información necesaria para instruir al afiliado respecto de las condiciones que rigen a uno y otro régimen, deber este, que es de imperiosa aplicación conforme a lo dispuso el inciso 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, norma que dispone que *«Las entidades vigiladas deben suministrar a*



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

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

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

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

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



la aplicación o no del régimen de transición, es necesario entender, que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento, garanticen que existió una decisión informada, y que esta fue verdaderamente autónoma y consciente; ello es objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado debe conocer los riesgos del traslado, pero a su vez los beneficios que aquel le reportaría, de otro modo no puede explicarse el cambio de un régimen al otro.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las



AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

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

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

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

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

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

Con estos argumentos la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes»,



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

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

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

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

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

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

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

La información cierta es aquella en la que el afiliado conoce al detalle las características legales del régimen, sus condiciones, requisitos y las circunstancias en las que se encontraría de afiliarse a él. La información suficiente incluye la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere;



por tanto, la suficiencia es incompatible con informaciones incompletas, deficitarias o sesgadas, que le impidan al afiliado tomar una decisión reflexiva sobre su futuro. La información oportuna busca que esta se transmita en el momento que debe ser, en este caso, en el momento de la afiliación o aquel en el cual legalmente no puede hacer más traslados entre regímenes; la idea es que el usuario pueda tomar decisiones a tiempo.

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

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

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

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

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

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

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



relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible

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

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



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

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

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

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

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

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

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

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de



los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Con los argumentos esgrimidos, se deja sin piso alguno las alegaciones presentadas en la alzada por las apoderadas de Porvenir, en lo atinente al deber de información, ya que el mismo se encuentra reglado en la legislación colombiana desde antes de la creación de los fondos privados.

Por otro lado, no se pasa inadvertido que, el recurrente alega que su representada, no le causó ninguna afectación a MARITZA YENDY OVIEDO ARANDA, por cuanto, ella empezó a cotizar tan solo a partir del año 1994, debe precisar esta Colegiatura, que en absoluto se comparte esta apreciación, ya que, el hecho de afiliarse al sistema de seguridad social en pensiones y trasladarse con desconocimiento total de la información relevante para realizar dicho trámite, implica un perjuicio, no visible en forma inmediata pero sí al momento de consolidarse o cumplirse los requisitos pensionales o cuando el afiliado se vea inmerso en una contingencia y realice el reclamo ante la entidad administradora, por lo que, la afiliación o traslado en vigencia de la Ley 100 no es óbice para que se ignoren o desconozcan los derechos de los usuarios de estar informados respecto a las implicaciones que acarrea el traslado de régimen.

En lo atinente, al interrogante planteado, se puede concluir sin mayor elucubración que, todas las administradoras de pensiones, tienen el



deber legal de informar a los usuarios que soliciten el traslado, las consecuencias de tal determinación, las características del régimen, las condiciones de su traslado, los beneficios que este traería; las diferencias entre uno y otro régimen; y especialmente, con el fin de que el usuario cuente con todos los elementos de juicio para tomar la decisión de cambiarse de administradora de pensiones.

2. ¿SE DEBE DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO REALIZADO POR DEMANDANTE DEL RPM AL RAIS?

Al analizar las pruebas documentales, se colige que el demandante se encontró inicialmente vinculado al Instituto de Seguros Sociales, para luego trasladarse a la AFP Porvenir S.A., el 17 de enero de 1996 (fl. 145), fondo éste último, al cual se encuentra actualmente afiliado en el subsistema de seguridad social en pensiones; supuestos fácticos, respecto de los cuales no se presenta debate en esta segunda instancia.

Conforme a las normas y jurisprudencia antes esbozada, como obligatoriedad del precedente, es claro para esta Colegiatura, que la AFP Porvenir S.A., tenía la carga probatoria en demostrar que cumplió con su deber de ofrecer 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 tanto no se aportó prueba alguna que dé cuenta de tal situación.

El material probatorio allegado al informativo, encuentra la Sala, que no es suficiente para probar el consentimiento informado de la accionante, y sin que medie otro elemento de convicción que atestigüe la explicación



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

Por manera que, la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A. incurrió en una falta al deber de información, el cual perjudica las condiciones pensionales de la demandante, obligación que era de imperioso cumplimiento al momento de la afiliación, sin omitir ningún tipo de dato (carga dinámica de la prueba), tales como las formas de liquidación y los varios sistemas para acceder a la mesada, las implicaciones que comportan sobre las sumas que integran la cuenta individual, la posible reliquidación anual y la firma de contrato con una aseguradora.

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

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



el consentimiento de la afiliada, el cual decanta en la anulación del acto jurídico del traslado.

Colorario a lo anterior, esta Sala considera pertinente la decisión adoptada por el A quo, al declarar la ineficacia del traslado efectuado por MARITZA YENDY OVIEDO ARANDA al fondo de Pensiones Porvenir efectuado en enero de 1996, al no haberse suministrado la información correcta, veraz y por ende completa, para que tomara la decisión de trasladarse de régimen.

3. ¿ES PERTINENTE ORDENAR LA PRESCRIPCION EN LA DEVOLUCIÓN DE LA TOTALIDAD DE LOS APORTES DEPOSITADOS EN LA CUENTA INDIVIDUAL DEL DEMANDANTE?

Dado que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante, y se ordenó la devolución de descuentos atinentes a los gastos de administración, aspecto éste, el cual conforme se dejó sentado en precedencia y acorde lo ha enseñado el Órgano de cierre en materia laboral en la sentencia SL 2877 de 29 de julio de 2020, con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, constituye una de las consecuencias lógicas de la declaratoria de la ineficacia perseguida, así lo sentó el Alto Tribunal al modular que:

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

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



la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

La Sala, en atención al recurso de apelación impetrado por el apoderado de PORVENIR S.A, en el que, suplica aplicar la excepción de prescripción respecto a los aportes pensionales, cotizaciones o bonos, suministrados o pagados a favor de la AFP PORVENIR S.A., debe indicarse que tal pedimento, no saldrá avante, ya que, al declararse la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica no es otra que, retrotraer las actuaciones al estado en que se encontraba, siendo los aportes acumulados en la cuenta individual del afiliado trasladados al RPM administrado por Colpensiones.

Por otro lado, nuestra Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4811 de 2020, Radicación No. 68087 del 28 de octubre de 2020, también estableció que;



“No sobra aclarar, que sobre el término prescriptivo de cuatro años establecido en el artículo 1750 del Código Civil, al que alude el fondo privado, ya esta Sala en la sentencia CSJ SL1421-2019, tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto, sosteniendo que en materia del derecho del trabajo y la seguridad social, las disposiciones que gobiernan la extinción de la acción son los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, que consagran un periodo trienal para que opere ese fenómeno; sin embargo, se adujo que tal normativa no resulta aplicable a los casos de nulidad del traslado, por cuanto se trata de una pretensión de carácter declarativa, que es precisamente lo que sucede en el sub examine; en dicha providencia se dijo:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.

...



..Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[..]

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C...”

Luego entonces, de las argumentaciones exteriorizadas por la alta Corporación, debe concluir esta Colegiatura, en primer término que, al ser la pretensión de nulidad y/o ineficacia del traslado, una pretensión declarativa, no es procedente aplicar la excepción alegada.

En segundo lugar, al no haberse demostrado el asesoramiento en forma idónea, completa y veraz a la demandante, es la administradora quien debe asumir el pago de los gastos de administración y de garantía mínima pensional, aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, estos últimos en el evento en ya hayan sido redimidos, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna, con cargo a su propio patrimonio.

De las anteriores argumentaciones, esta Corporación no considera pertinente ni ajustado a derecho, declarar probada la excepción de prescripción respecto a la devolución al RPM de los gastos de



administración y de garantía mínima pensional, aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, al provenir dichos dineros de la cuenta individual del demandante, con el fin de cubrir un derecho pensional, y haberse reconocido la ineficacia del traslado.

Así las cosas, en este punto objeto de apelación también se confirmará la decisión de primera instancia.

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

COSTAS

En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la AFP Porvenir S.A., dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, las cuales serán liquidadas por la secretaría del despacho de conocimiento.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en audiencia pública celebrada el día 5 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por **MARITZA YENDY OVIEDO**



ARANDA contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

SEGUNDO: COSTAS. En esta segunda instancia se impone costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, dado el resultado de la alzada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000, para cada una y las mismas serán liquidadas por el juzgado de conocimiento.

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

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Aclara voto

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