

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2018 00562 01
DEMANDANTE: WILLIAM DARIO RIAÑO BARÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron la demandada AFP Old Mutual S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A., y la posterior afiliación a la AFP Old Mutual S.A., además que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. Se condene a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de marzo de 1960 y que el 22 de junio del año 2.000 se trasladó del Instituto de Seguros Sociales a la AFP Colfondos, sin embargo, el formulario

correspondiente no contiene la firma del empleador y en él se indicó que se trataba de una vinculación inicial. Además, el asesor no le brindó una información clara, completa y oportuna acerca de las características de cada régimen pensional, sus ventajas y desventajas, no le realizó un estudio pensional, ni le explicó las consecuencias de la decisión que estaba tomando.

Expuso que, en julio del año 2007 se trasladó a la AFP Old Mutual S.A., en donde se le realizó una simulación pensional que arrojó como resultado una pensión en el RAIS a los 62 años de \$1.267.340, si continuaba cotizando y, de no hacerlo de \$957.213. De otro lado, el monto de la mesada a la que puede acceder con Colpensiones en el año 2025 cuando complete el número de semanas asciende a \$6.421.676. Finalmente, indicó que reclamó el 11 de julio de 2018 ante Colpensiones la nulidad del traslado, sin recibir respuesta a la fecha de presentación de la demanda (f.º 2 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente el relacionado con la proyección pensional realizada al demandante. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (f.º 78 a 96).

Al contestar Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, y las demás declarables oficiosamente (f.º 141 a 147).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó la fecha de traslado de régimen y la de traslado a la AFP Old Mutual. En relación con los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de calidez de la afiliación

a Colfondos, la buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 148 a 155).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de febrero de 2020, declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 22 de junio del año 2.000. Condenó a la AFP Old Mutual S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses que se hubieren causado de conformidad con las previsiones del artículo 1.746 del Código Civil. Ordenó a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Old Mutual y a efectuar los ajustes correspondientes a la historia laboral (f.º 206).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Colfondos no aportó medios de convicción que permitieran establecer cuál fue la información suministrada al demandante al suscribir el formulario de traslado de régimen, situación que no es posible sanear con posterioridad. Concluyó que la AFP no demostró haber brindado la asesoría que le permitiera al promotor del juicio tomar una decisión informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Old Mutual S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Old Mutual argumentó que la sentencia debe ser revocada en cuanto no permite el descuento de los gastos de administración, pues durante todo el tiempo de vinculación la AFP ha realizado una actividad profesional de administración de recursos, incluso se generaron rendimientos que

también deben ser devueltos. Preciso que de haberse mantenido el demandante en el régimen de prima media también allí le hubiesen descontado un monto por servicios de administración.

Arguyó que debe tenerse en cuenta que actuó de buena fe, pues no fue la administradora que realizó el traslado de régimen, por tanto, nada tuvo que ver con el negocio jurídico que se declara nulo o ineficaz.

Por su parte, **Colpensiones** adujo que la parte resolutive de la sentencia está errada, pues declara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen sin tener en cuenta que cada uno tiene efectos diferentes. No puede olvidarse que el demandante únicamente solicitó declarar la nulidad del acto, por lo que no se puede emitir una condena en contra de Colpensiones porque viola el debido proceso.

Alegó que nadie puede darse su propia prueba y es claro que el demandante en el interrogatorio de parte no está llamado a hacer una valoración objetiva de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado, por lo que no va a confesar que fue asesorado.

De otra parte, sostuvo que para la época en que se dio el cambio de régimen la única obligación de los fondos privados era la suscripción del formulario de afiliación, por tanto, es un error pedirle a las AFP que aporten pruebas diferentes al documento firmado, es imponerle una carga procesal demasiado alta y difícil de acreditar.

Finalmente, que el precedente de la Corte Suprema de Justicia está orientado a que no cualquier persona puede solicitar la nulidad del traslado de régimen, pues debe analizarse en cada caso si se generó un perjuicio irremediable, tal como sería la pérdida del régimen de transición, lo cual sucede, dado que el actor apenas cotizó 30 semanas al ISS, por ello, ni una expectativa cercana de pensionarse exhibía. Preciso que la intención del accionante es anular el traslado por la frustración que tiene en cuanto al monto de la mesada pensional.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las

características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de**

vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía, que el promotor del juicio nació el 17 de marzo de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 33.86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 10 y 196). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 22 de mayo del año 2.000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 12), el cual se hizo efectivo el 1º de julio de 2.000, según historial de vinculaciones de folio 156. Posteriormente, se afilió a Skandia hoy Old Mutual (f.º 97).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que cuando se vinculó al SENA, los asesores de Colfondos dieron una charla genérica a más de 30 personas sin mayores explicaciones, referente a que la mesada pensional sería mayor, que podría pensionarse cuando quisiera y fundamentalmente que el ISS iba a desaparecer, por eso, se afilió a esta AFP. Preciso que eso estaba de moda para la época y no había mayor análisis por parte de los usuarios. Confesó que nunca fue a Colfondos a solicitar información y que se trasladó a Skandia en el año 2007, con la intención de obtener una mejor mesada pensional.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o

con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Old Mutual deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Colfondos de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de

administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Ahora bien, como quiera la Jueza declaró la nulidad y/o ineficacia, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar únicamente la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad tal como lo ha vertido la jurisprudencia laboral, por lo que la sentencia analizada será modificada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará y adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, para CONDENAR a la AFP Colfondos a remitir a Colpensiones, con cargo a sus propias utilidades, las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

TERCERO: ADCIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Calificación de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: WILLIAM DARIO RIAÑO BARON

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 008 2018 00562 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2018 00399 01
DEMANDANTE: ANA LUCÍA LOURIDO CAICEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de junio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A y para todos los efectos legales que siempre ha estado afiliada al Régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados en la cuenta individual. Se condene a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *petita* y se condene a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de agosto de 1960 y que desde el 15 de enero de 1986 cotizó al Instituto de Seguros Sociales un total de 691.43 semanas hasta el 1 de julio de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, posteriormente se trasladó a la AFP Old Mutual y luego a la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada.

Expuso que la decisión de trasladarse de régimen no fue informada, autónoma y consciente, pues no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del cambio. Adujo que solicitó a las administradoras con las que ha estado vinculado copia del formulario de afiliación y una proyección de la mesada pensional en cada uno de los regímenes, así como la declaración de la nulidad de la vinculación.

En respuesta la AFP Protección S.A. mediante comunicación del 26 de marzo de 2018 le indicó que su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad sería de \$3.813.316 y que con Colpensiones la prestación ascendería a \$8.751.927. Por su parte, Colpensiones negó la solicitud de traslado el 15 de marzo de 2018. (f.º 5 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio de la demandante, la fecha de traslado de régimen, el traslado entre fondos de pensiones, las peticiones presentadas a las administradoras y sus respuestas. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones requeridas y las demás declarables oficiosamente. (f.º 74 a 83)

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió los relacionados con el natalicio de la demandante, la fecha de traslado de régimen, las reclamaciones

presentadas a esta AFP y sus respuestas. Adujo no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las declarables oficiosamente (f.º 101 a 108)

De otro lado, la demandada AFP Protección S.A. igualmente se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la afiliación a esa administradora y la reclamación elevada ante la misma, así como la respuesta emitida por el fondo. Respecto de los restantes, indicó no ser ciertos o constarles. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; la buena fe y la compensación (f.º 143 a 155).

Mediante auto del 26 de agosto de 2019 (f.º 185), el Juzgado dispuso vincular en calidad de litisconsorcio necesario a la AFP Old Mutual, la que contestó oponiéndose a las pretensiones. Frente a los hechos, señaló que ninguno de ellos le constaba. Aceptó únicamente que la demandante estuvo vinculada a dicha AFP. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de no participación ni intervención en el momento de la selección de régimen; la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado: la ausencia de configuración de causales de nulidad; inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; la ausencia de falta al deber de asesoría e información; el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia alguna de obligación para con la demandante; los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante; la prescripción; la buena fe y las demás declarables de manera oficiosa (f.º 195 a 208).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de junio de 2020 declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad – AFP Porvenir, y la posterior afiliación a las AFP Old Mutual y Protección S.A. Declaró válidamente vinculada a la demandante al sistema de prima media desde el 15 de enero de 1986. Dispuso a Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la autora como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, Se abstuvo de imponer costas (f.º 202 y 203).

Como sustento de su decisión, señaló que el deber de buen consejo y la información resulta relevante en tratándose de entidades financieras que administran recursos de la seguridad social, por lo que concluyó que en el presente asunto las AFP demandadas no cumplieron con la carga de demostrar que asesoraron correctamente a la actora sobre las implicaciones del traslado, obligación que han tenido desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías - Porvenir S.A., suplicó la revocatoria de la sentencia dado que para la fecha en que se realizó el traslado la demandante no contaba con una expectativa pensional legítima, por lo que traslado no implicaba para ella una situación desfavorable. Indicó que es válido hacer traslados de régimen y que el sistema de ahorro individual con solidaridad es reconocido en el ordenamiento jurídico colombiano. Que la Corte Constitucional de vieja data ha señalado que los regímenes son excluyentes y compiten en igualdad de condiciones, por lo que corresponde

a los afiliados validar cuáles características le resultan más convenientes para la consolidación de su derecho pensional.

De otro lado, arguyó que al absolver interrogatorio de parte la demandante dejó ver de manera importante tener conocimiento sobre cuáles son las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual además realizó aportes voluntarios para obtener beneficios tributarios. En otro punto, señaló que la promotora del juicio ha estado vinculada a varios fondos, constituyéndose ello en un acto de ratificación de su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Advirtió que para la fecha del traslado la única carga que imponía la ley era el diligenciamiento del formulario del traslado y suministrar la información de manera verbal clara y veraz, por lo que no es procedente exigir ahora a la AFP cargas adicionales que no estaban previstas en la norma y que solo vinieron a regularse con posterioridad al año 2010. Asimismo, adujo que hubiese resultado realizar proyecciones pensionales a la demandante, pues la mesada pensional estaba sujeta a variables macroeconómicas que no podían ser previstas.

La **AFP Protección S.A.** sostuvo que la sentencia debe ser revocada en cuanto le ordenó devolver a Colpensiones todos los valores de aportes y los intereses sin realizar descuento alguno por gastos de administración, dado que el artículo 1746 del código civil dispone como efectos de la declaratoria de nulidad que cada uno de los contratantes se hará responsable de la pérdida de las especies o su deterioro, así como de los intereses y sus frutos. Por tal motivo, los gastos de administración no deben ser devueltos, como quiera que fueron destinados en la forma prevista de la Ley 100 de 1993 y como consecuencia de la gestión realizada por la AFP.

Por su parte, **Colpensiones** argumentó que el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación por no encontrar probado que las administradoras cumplieron con el deber de información, pero olvida que

para mayo de 1.999 cuando la demandante se trasladó, la Ley 100 de 1993 solamente disponía la aceptación espontánea, libre y expresa que se manifestaba a través de la suscripción del formulario de afiliación.

Precisó que no es posible hacer un análisis al amparo de lo dispuesto por la Ley 1448 de 2014 y tampoco en el Decreto 2071 de 2015, pues no es razonable jurídicamente imponer a las AFP la obligación de allegar soportes de información que no exigía la ley para el momento de cambio de régimen, pues, ello desvirtúa los principios de legalidad, la confianza legítima y de debido proceso.

Arguyó que los efectos de la declaratoria de nulidad son *inter-partes* y, por ello, sus consecuencias no deben repercutir sobre Colpensiones, la cual resulta lesionada con la decisión adoptada por el juzgado, pues se vulnera el principio de equilibrio financiero. Además, señaló aquí que no es procedente el traslado ya que la afiliada está a menos de 10 años de cumplir la edad para acceder a pensión de vejez.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista

en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 28 de agosto de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 421.53 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 12, 123 a 125). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 25 de mayo de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 111). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A

desde el 1º de julio de 1999 a 31 de marzo de 2002; en la AFP Old Mutual del 1º de abril de 2002 al 31 de octubre de 2003; en la AFP Porvenir S.A. desde el 1º de noviembre de 2003 al 31 de octubre de 2009; en la AFP Old Mutual desde el 1º de noviembre de 2009 al 30 de abril de 2013 y en adelante a la AFP Protección S.A (f.º 112, 164 y 220).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que cuenta con 60 años y es economista, que cuando estuvo vinculada a Carvajal S.A. llegaron los asesores de los fondos privados de forma masiva. Aseguró que los de Porvenir seleccionaron a 10 personas y les hicieron una reunión masiva en una esquina donde los afiliaron, diciéndoles que el Seguro Social era inestable, que en los fondos no perderían la pensión y que esta se podría heredar. Manifestó que se trasladó por la incertidumbre que el ISS desapareciera y se trasladó después entre AFP en razón al servicio y el cambio de empleadores. Reveló que no se acercó a las oficinas de Porvenir, salvo a retirar una plata y que nunca intentó regresar al Seguro Social porque pensó que estaba mejor en los fondos privados. También que firmó de manera libre y voluntaria el formulario, que lo leyó, pero este contenía información muy general y en su gran mayoría estaba destinado a datos personales y de beneficiarios. Dijo que cuando se trasladó de AFP le indicaron que sus aportes iban a un fondo de inversiones y que tenía derecho a un bono pensional.

A solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Perla Yolanda Díaz, quien manifestó conocer a la demandante desde hace 30 años, ya que laboraron en la misma empresa Carvajal S.A., desde 1990 a 2003. Señaló que las dos se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad con Porvenir S.A. al mismo tiempo, porque los asesores de la AFP fueron a hablarles de las bondades que ello les traería, para lo cual hicieron una reunión en el 1º piso con aproximadamente 8 personas, en la cual estuvieron presentes las dos. Allí les informaron sobre la inestabilidad del Seguro Social y que posiblemente esta entidad iba a acabar, además les explicaron que podían pensionarse a cualquier edad y que el ahorro se podía heredar y que la rentabilidad era importante. Aseguró que no le hicieron un comparativo y nunca se hizo

presente un asesor del Seguro Social. Refirió no recordar el momento exacto en que la demandante suscribió el formulario de afiliación.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a los demás fondos de pensiones demandados AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., de las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, se adicionará la sentencia analizada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de

apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a las demandadas AFP Porvenir S.A. y AFP Old Mutual a trasladar a Colpensiones, con cargo a sus propias utilidades, debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dichos fondos privados.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 19-2018-00399-01

Adopción de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA LUCÍA LOURICO CAICEDO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 019 2018 00399 01

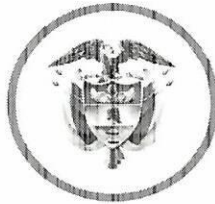
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 19 2017 00238 01
DEMANDANTE: HÉCTOR AUGUSTO PÁRRAGA CONTRERAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de junio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el saldo en cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos. A la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibirlo sin solución de continuidad, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de agosto de 1957 y cotizó 447 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de

mayo de 1987 hasta el 25 de mayo de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que el asesor de Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A. omitió informarle sobre las características de cada régimen, sus limitaciones y beneficio, tampoco le efectuó una proyección pensional que le permitiera tener claridad sobre el monto de su pensión y la tasa de remplazo. Lo que sí le dijo es que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería y perdería el tiempo cotizado en pensiones, que los requisitos para acceder a la pensión de vejez eran más flexibles y que el monto sería superior o acorde con sus ingresos, pues tendría de rendimientos no ofrecidos por el ISS. También que podría optar por la devolución de todos sus aportes y dijo que nunca fue informado por la AFP sobre el traslado de gracia previsto en la ley para trasladarse nuevamente.

Narró que el 29 de agosto de 2016 elevó derecho de petición a la AFP Porvenir S.A., la cual le indicó que a los 62 años obtendría una pensión de \$1.886.700, con 1.433 semanas y un saldo en cuenta individual de \$463.487.182. Señaló que en Colpensiones su mesada ascendería a \$3.446.225 a los 62 años con 1.582 semanas cotizadas. Finalmente, que el 17 de enero de 2017 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, la cual fue negada (f.º 5 a 17).

Al dar respuesta a la demanda, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el número de semanas cotizadas al sistema general de pensiones y la petición presentada a la AFP. En relación con los restantes, manifestó que no eran ciertos o no le constaban. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (f.º 49 a 57).

Al contestar Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la data de nacimiento del demandante y la de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, también los relacionados con la reclamación administrativa y su respuesta. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 73 a 84).

Mediante auto de 9 de octubre de 2018 (f.º 104), el Juzgado dispuso vincular a la AFP Protección S.A., la que contestó oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la calenda de nacimiento del demandante, los beneficios ofrecidos en el régimen de ahorro individual con solidaridad. En cuanto a los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir y las demás declarables oficiosamente (f.º 115 a 134 y 142 a 146).

Mediante auto de 8 de mayo de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones (f.º 102).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado el 4 de febrero de 1997 por Héctor Augusto Párraga Contreras al régimen de ahorro individual y la posterior afiliación a la AFP Porvenir S.A. Declaró válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 18 de mayo de 1987 hasta la actualidad, como si nunca se hubiere traslado. Condenó a la AFP Porvenir.S.A.. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, aportes adicionales junto con los rendimientos financieros

causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración (f.º 190 a 192).

Como sustento de su decisión, señaló que el deber de buen consejo y la información resulta relevante en tratándose de entidades financieras que administran recursos de la seguridad social, por lo que concluyó que en el presente asunto las AFP demandadas no cumplieron con la carga de demostrar que asesoraron correctamente al actor de las implicaciones del traslado de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., argumentó que el actor se trasladó de manera libre y voluntaria, además se le informaron las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad, circunstancia que él mismo validó al absolver interrogatorio de parte. Arguyó que para la fecha del traslado la única carga que imponía la ley era el diligenciamiento del formulario y suministrar la información de manera verbal, por lo que no es procedente exigir ahora a la AFP acreditar circunstancias que no estaban previstas en la norma. Señaló que, pese a que el formulario de afiliación estaba preimpreso, ello, no le resta validez.

Alegó que el demandante realizó múltiples traslados entre la AFP Porvenir S.A. y la AFP Horizonte, en el que diligenció de manera libre y consiente los respectivos formularios, además realizó aportes voluntarios. Preciso que, de haberse realizado una proyección pensional, esta no sería acorde con la realidad, pues se las condiciones del mercado se han modificado. Sostuvo que la sentencia presupone que el desconocimiento de la ley conlleva la configuración de un vicio del consentimiento.

En relación con los gastos de administración, sostuvo que ordenar su devolución genera un perjuicio a la AFP en favor del demandante, máxime cuando dichos recursos no se encuentran en cabeza de la administradora, pues fueron destinados a cubrir los riesgos previsionales y los costos que implica la operación para generar rendimientos, por lo que deberían ser devueltos a la AFP.

Por su parte, **Colpensiones** adujo que la sentencia debe ser revocada, como quiera que para 1997, la ley exigía únicamente la suscripción del formulario como manifestación de la voluntad de trasladarse de régimen, no estaba prevista la doble asesoría, por lo que no es posible imponer a las AFP la obligación de demostrar por otros medios que brindó la asesoría correspondiente.

Refirió que no es de recibo que Colpensiones tenga que asumir la carga prestacional del demandante cuando ni siquiera participó en el acto de traslado. Señaló que, dado el principio de la relatividad jurídica, Colpensiones no puede verse afectada por el contrato celebrado entre el demandante y Porvenir S.A. También en atención al principio de sostenibilidad financiera debe ser revocada la sentencia, porque aun en el evento en que el demandante se traslade con todos los recursos en cuenta individual, se produciría un desequilibrio en los recursos de los demás aportantes.

Sostuvo que en todo caso el traslado del accionante no es válido porque se encuentra incurso en la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Solicitó condicionar la sentencia, bajo el entendido que establecer que las obligaciones a cargo de Colpensiones solo pueden ser cumplidas una vez la AFP realice el traslado de los recursos correspondientes.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia

adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 31 de agosto de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 297.51 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 19 y 96). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 04 de febrero de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena (f.º 135). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena desde el 1º de abril de 1997 al 30 de septiembre de 1997; en la AFP Horizonte del 1º de agosto de 1997 al 30 de junio de 1999; en la AFP Porvenir S.A. desde el 1º de julio de 1999 al 30 de noviembre del año 2000; nuevamente en la AFP Horizonte del 1º de diciembre del año 2.000 al 31 de diciembre de 2013 y desde el 1º de enero de 2014 se produjo su traslado automático a la AFP Porvenir S.A. (f.º 165 VTO).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que cuenta con 63 años, es ingeniero agrónomo y que en 1997 su empleador le informó que habría una charla de los fondos privados, en la que le comunicaron que sus condiciones de pensión serían mejores, se pensionaría más joven de acuerdo con el capital que tuviera en la cuenta y que el ISS se iba a acabar, por eso, tomó la decisión de trasladarse. Indicó que luego los asesores volvieron para diligenciar los formularios correspondientes, oportunidad en la cual no hizo preguntas de fondo porque no conocía bien el tema. Reveló que nadie lo obligó a firmar el formulario, pero precisó que estaba convencido de la información que le dieron los asesores. Aseguró que se trasladó entre fondos privados porque le ofrecieron mejor rentabilidad y cuando lo hizo solo verificó que los datos en los formularios correspondieran a los suyos. Además, que no le fueron realizadas proyecciones pensionales, tampoco le fueron explicadas las

diferencias entre los regímenes y no conoció de los plazos que tenía para regresar nuevamente al régimen de prima media con prestación definida.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como lo ha sentado la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a

Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a los demás fondos de pensiones demandados de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 18 de junio de 2020 por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a la AFP Protección S.A., a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas, con cargo a sus propias utilidades, todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondos privado.

SEGUNDO: ADICIONAR: la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 19.2017-00238-01

Adelantación de voto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HECTOR AUGUSTO PARRAGA CONTRERAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 019 2017 00238 01

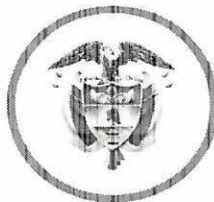
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 17 2018 00697 01
DEMANDANTE: MARÍA EUGENIA ECHEVERRI GIRALDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 254, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada de la demandada, según poder visible a folio 148.

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Protección S.A., y que se encuentra válidamente afiliada a

Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y a Colpensiones a aceptarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 10 de junio de 1988, más la condena en costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó al Instituto de Seguros Sociales el 10 de junio de 1988 y en marzo de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Protección S.A.. Expuso que el asesor del fondo no le informó que su mesada sería inferior a la que podría obtener en Colpensiones, pues no le realizó la proyección correspondiente, lo que le dijo es que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad podría pensionarse de manera anticipada, sin explicarle como ello afectaría el valor de la mesada y el bono pensional.

Relató que el 20 de junio de 2012 cumplió 47 años, no obstante, la AFP no le informó la prohibición legal de trasladarse de régimen una vez cumplida esta edad. Señaló que ha cotizado por espacio de 1.510 semanas al Sistema General de Pensiones. Que el 19 de septiembre de 2018 solicitó a la AFP Protección invalidar la afiliación y en la misma fecha radicó solicitud de traslado a Colpensiones (f.º 2 a 18)

Al dar respuesta a la Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de afiliación al ISS, a Protección S.A. y la petición radicada ante la entidad. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, el saneamiento de la nulidad alegada, la inexistencia de causal de nulidad, la no procedencia de condene en costas a entidades de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 145 a 147).

Al dar respuesta a la demanda, Protección S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió los relacionados con la petición presentada a la AFP y su respuesta negativa.

Respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones las demás declarables de oficio (f.º 161 a 163).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. contestó oponiéndose al éxito de las pretensiones. En relación con los hechos aceptó la afiliación de la accionante al Instituto de Seguros Sociales y el número de semanas cotizadas. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, la compensación y el pago, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y las demás declarables oficiosamente (f.º 204 a 219).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de febrero de 2020, declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas por las demandadas. Declaró ineficaz el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y válidamente afiliada a la actora a Colpensiones y ordenó a esta entidad validar su vinculación sin solución de continuidad. Condenó a la AFP Colfondos S.A. y AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones recibir el traslado de fondos y a convalidarlos a efectos de sumar las semanas en su historia laboral y condenó en costas a las demandadas (f.º 244 y 245).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Colfondos no demostró en juicio que al momento de la afiliación brindó a la demandante información completa, clara y suficiente acerca de las condiciones del nuevo régimen pensional, por ello, no acreditó que el consentimiento en el cambio fue informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia debe ser revocada como quiera que a la demandante no se le generó ninguna situación desventajosa pues no era beneficiaria del régimen de transición.

Arguyó que el Juez consideró que a la demandante no le se brindó información comparativa sobre los regímenes pensionales y sus condiciones jurídicas, no obstante, al absolver interrogatorio de parte la accionante manifestó tener conocimiento de algunas características propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en todo caso, las particularidades de cada régimen se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que no es dable alegar desconocerlas o que no le fueron informadas.

Expuso que para la época en que se realizó el traslado no existía la obligación de brindar doble asesoría a los posibles afiliados o realizar proyección, por lo que la suscripción del formulario de vinculación era el único requisito legal, razón por la cual no es procedente ahora en virtud de la carga dinámica de la prueba pedirle a la AFP que acredite circunstancias que la norma no disponía. Finalmente, esbozó que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso, como quiera que no tuvo conocimiento ni injerencia alguna en las circunstancias de hecho y de derecho de la afiliación de la demandante.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha*

calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 20 de junio de 1965, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 302 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 21 y 104). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del

régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas cotizadas.

Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual el 12 de agosto de 1994 con la AFP Protección S.A., el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1994. Allí permaneció vinculada hasta el 31 de diciembre de 2003, cuando se dio su traslado automático a la AFP Colfondos S.A. (f.º 174)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que estudió administración financiera bancaria y que cuando trabajaba en el Banco Cafetero los asesores de protección se acercaron a las oficinas de la entidad y le propusieron una oferta para trasladarse de fondo en una reunión individual que no duró más de 15 minutos. Dijo que el asesor le indicó que se pensionaría independientemente de la edad y con un monto más alto que el que le podría dar el Instituto de Seguros Sociales. Preciso que no le informaron si tendría derecho a bono pensional. Confesó que diligenció el formulario de vinculación, que únicamente revisó los datos personales y los nombres de los beneficiarios, también que nunca se acercó a las oficinas a recibir asesoría

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o a cualquier edad, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Colfondos deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento

dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adiciona la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

En el mismo sentido, estima esta colegiatura que Colpensiones no puede ser absuelta de pagar las costas, pues de conformidad con el artículo 365 del Código General del Proceso se condenará a este concepto a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandada, pues al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y resultó condenada.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto cuarto de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Protección S.A. y la AFP Colfondos S.A. deberán trasladar a Colpensiones además de los de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia estudiada, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

actuación de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA EUGENIA ECHEVERRI GIRALDO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 017 2018 00697 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2018 00507 01
DEMANDANTE: ÁNGELA JUANITA LATORRE GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos, además que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos y el bono pensional. A reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 06 de noviembre de 1966 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 24 de abril de 1988. Refirió que el 25 de abril de 1994 cuando contaba 160.14 semanas cotizadas al ISS, una asesora de la AFP Colfondos visitó su lugar de

trabajo ofreciéndole vincularse a esta administradora y así realizar el traslado de régimen. En dicha reunión le manifestó que podría pensionarse a cualquier edad, que la mesada pensional sería más alta y podría disponer de su capital pensional el cual estaría más seguro, pues el ISS estaba próximo a desaparecer.

Refirió que la promotora del fondo no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna de la forma sobre las diferencias existentes entre los regímenes pensionales, tampoco le realizó una simulación pensional, por lo que al firmar el formulario de afiliación no tenía el consentimiento informado. Expuso que la AFP entre los años 2011 y 2012 no le informó que estaba próxima a entrar en la prohibición de trasladarse.

Adujo que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Protección S.A. y cuenta con 959.28 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Señaló que al realizar un comparativo la mesada pensional que obtendría en el RAIS sería de \$3.129.074, entre tanto, en prima media recibiría \$3.752.795. Relató que el 22 de mayo de 2018 solicitó a la demandada AFP Colfondos S.A. soportes de la asesoría brindada y las proyecciones realizadas al momento de realizar el traslado, la cual fue contestada al indicársele que el soporte era el formulario de afiliación, que la asesoría se realizaba de manera verbal y las reasesorías se brindaban a solicitud del afiliado. Narró que el 11 de julio de 2018 presentó ante Colpensiones solicitud de afiliación, la cual fue negada por encontrarse a menos de 10 años de acceder a la edad de pensión (f.º 3 a 35).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y la afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó no constarle los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni de indexación y las demás declarables de oficio (f.º 119 a 126).

Al contestar Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos referentes con la fecha de afiliación al RAIS y la afiliación a la AFP Protección S.A. En relación con los demás, señaló no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, la buena fe, la prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación, la inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y las demás declarables de oficio (f.º 144 a 151).

Por su parte, la AFP Protección S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora y las proyecciones realizadas por esta administradora. En cuanto a los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP; la buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 185 a 190).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de enero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 210 y 2011).

Como sustento de su decisión, señaló que la ineficacia no puede predicarse de manera automática respecto de todos los casos, sino que deben verificarse en cada uno las falencias en la información entregada. Tomó en consideración que la demandante se trasladó tres veces entre administradoras del RAIS, por lo que en aplicación del artículo 898 del Código de Comercio concluyó que, aunque en principio existió una afiliación desinformada al haber sido objeto de ratificación cobró plenos efectos jurídicos.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia el traslado entre fondos de pensiones no convalida, ni sana las falencias en la información brindada en el acto del traslado. Preciso que al momento de vincular a la demandada la AFP le indicó que podía pensionarse a cualquier edad, sin embargo, de las pruebas allegadas al proceso se extrae que no podrá acceder a ninguna modalidad de pensión anticipada, tampoco le puso de presente que su mesada no guardaría relación con su base de cotización, ni le proporcionó la información correspondiente al bono pensional, dado que se encontraba para la época del traslado vinculada a una empresa petrolera.

Por tal motivo, está probado que Colfondos no le brindó necesaria, pertinente y adecuada por lo que debe declararse la ineficacia del acto del traslado.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora o si el mismo se convalidó por el traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual tal como concluyó el *a quo*.

Para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no

solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019 reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico

a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020,

STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 06 de noviembre de 1966, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y 160.14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 36 y 133 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición por edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 25 de abril de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 153). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos desde el 1º de mayo de 1994 a 31 de diciembre de 1996; en la AFP Old Mutual del 1º de enero de 1997 al 30 de abril de 2010; nuevamente en Colfondos del 1º de mayo de 2010 al 31 de diciembre de 2014 y del 1º de enero de 2015 en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 195).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 1994 prestaba sus servicios personales a una empresa petrolera, que les requirió afiliarse a uno de los regímenes pensionales y fue allí cuando ella optó por vincularse a Colfondos, pues lo primero que le dijeron es que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que en el RAIS podría pensionarse a la edad que quisiera. Además, la plata que aportara le pertenecía y la podía heredar; que el monto de la pensión sería muy cercano al ingreso que tuviera y que si no estaba de acuerdo con el mismo podía retirar la totalidad del dinero.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior o la referencia que el fondo público desaparecería, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información en el acto inicial de traslado, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Por tanto, la AFP Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Igualmente, se condenará a la AFP Colfondos y a la AFP Old Mutual a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dichos fondos privados, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a los demás fondos de pensiones demandados de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el

artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, esta Colegiatura revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora. Igualmente, se declara que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

Sin costas en la apelación. Las de primera instancia estará a cargo de la demandada Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2020, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: ORDENAR a Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. y a la AFP Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dichos fondos privados.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Protección SA, Colfondos S.A. y Old Mutual S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

QUINTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la AFP Colfondos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 12-2018-507-01
aclaración de voto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LIZETTE MARÍA CHAVES HIGUERA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 012 2018 00507 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 17 2018 00673 01
DEMANDANTE: MARÍA TERESA GUTIERREZ DUQUE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 280, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada de la demandada, según poder visible a folio 182.

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la demandada AFP Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de diciembre de 2019. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Colfondos S.A. y que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En

consecuencia, se condene a las demandadas a pagar intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media, desde el 21 de junio de 2018 hasta la fecha que se verifique la devolución, a pagar la indexación correspondiente, los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 04 de noviembre de 1964 y cotizó 262.57 al Instituto de Seguros Sociales a partir del 8 de octubre de 1984. Refirió que el 14 de mayo de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con la AFP Colfondos y que suscribió el formulario porque los asesores del fondo privado se acercaron a las instalaciones de su entonces empleador a realizar vinculaciones masivas, en donde le manifestaron a él y a sus compañeros que sus aportes estarían mejor administrados, por tal motivo, el valor de su mesada pensional sería igual o superior al salario devengado y que podrían acceder de manera anticipada a la pensión. Expuso que no le informaron que el traslado implicaría la pérdida de beneficios.

Señaló que el 09 de agosto de 2017 solicitó a Colfondos copia de la afiliación a dicha administradora y el 12 de septiembre de ese mismo año imploró a la AFP realizar proyección pensional, en donde le administradora le informó que su mesada pensional para el año 2021 sería de \$2.341.571.

Relató que mediante acción de tutela obtuvo de Colpensiones una proyección según la cual a los 58 años la mesada pensional su mesada sería de \$4.909.893, con lo cual evidenció que manifestado por los asesores de Colfondos no era cierto, pues su mesada pensional en el RAIS no resulta superior (f.º 2 a 21).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente el relacionado con la proyección pensional realizada al demandante. Respecto de los demás manifestó no constarle los mismos. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de inexistencia del derecho para

regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la inexistencia de causal de nulidad, la no procedencia de condene en costas a entidades de seguridad social y las demás declarables oficiosamente (f.º 170 a 181).

Al dar respuesta a la demanda, Colfondos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante, la fecha de traslado de régimen, las reclamaciones presentadas a la AFP y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, la prescripción, la caducidad, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 184 a 242).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 18 de diciembre de 2019, declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia de la causal de nulidad y prescripción propuestas por las demandadas. Declaró ineficaz el traslado y ordenó a Colpensiones validar la vinculación de la actora sin solución de continuidad. Condenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, intereses, sin lugar a realizar descuentos de ningún tipo. Ordenó a Colpensiones recibir el traslado de fondos y a convalidarlos a efectos de sumar las semanas en su historia laboral y condenó en costas a las demandadas (f.º 264).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Colfondos no demostró en juicio que al momento de la afiliación brindó a la demandante información completa, clara y suficiente acerca de las condiciones del nuevo régimen pensional, por lo que el traslado se dio sin que mediara consentimiento informado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Colfondos S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos argumentó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en una prohibición legal, por ello, no puede trasladarse de régimen pensional a estar a menos de 10 años para acceder a la edad de pensión. Adujo que la jurisprudencia ha sido clara en señalar que en los regímenes pensionales no existen ventaja, ni desventajas, pues los beneficios se presentan es en función de las condiciones particulares de cada caso.

Expuso que no puede dejarse de lado la teoría de los actos propios, tampoco que en el presente caso la accionante estuvo vinculada por más de 20 años al fondo privado y no es procedente que ahora en sede desconocer sus propios actos, máxime tratándose de una persona capaz, que en pleno uso de sus facultades celebró un negocio jurídico.

Por su parte, **Colpensiones** adujo que no es procedente declarar la ineficacia como quiera que la decisión se fundamentó en lo dicho por la demandante al absolver interrogatorios de parte y los documentos allegados, con ellos, no se demuestra el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP. Alegó en otro punto que no es procedente el traslado de la accionante porque se encuentra incurso en la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Finalmente, expuso que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso, como quiera que no tuvo conocimiento ni injerencia alguna en las circunstancias de hecho y de derecho de la afiliación de la demandante.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con la historia laboral y la proyección pensional realizada por Colfondos, se tiene que la promotora del juicio nació el 24 de enero de 1965, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 262 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 243 y 30). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 14 de mayo de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 213), el cual se hizo efectivo el 1º de julio de 1.999, según historial de vinculaciones de folio 144.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año 1999 cuando se desempeñaba como Directora de Seguridad Social en la empresa Protempora S.A., era la encargada de recibir a los asesores de salud y pensión. Advirtió que recibió a un asesor de Colfondos quien realizó afiliaciones masivas y, para ello, dio algunas charlas colectivas y precisó que lo que le indicaron fue que el ISS se iba a acabar y que se podía pensionar antes. Dijo que con posterioridad recibió ningún tipo de reasesoramiento.

A solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Sully Andrea Caro Sarmiento, quien manifestó que la demandante fue su jefe, la conoció en el año 1998. Preciso que como la actora era la a demandante era la jefe del Seguridad Social allá llegaban todos los asesores, no obstante, su dicho no aporta mayores luces al proceso, como quiera que ningún dato concreto sobre el momento de la afiliación de la actora aportó, pues ni siquiera pudo asegurar haber estado presente y su dicho se orientó a señalar de manera genérica que los asesores de los fondos decían que el ISS se iba a acabar y que en los fondos obtendrían una mejor pensión.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008,

radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Se precisa que no es posible eximir al fondo de pensiones de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia, como quiera que el Juez determinó que la AFP debía realizar la devolución del saldo en cuenta de ahorro individual sin lugar a descuento por ningún concepto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adiciona la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

En el mismo sentido, estima esta colegiatura que Colpensiones no puede ser absuelta de pagar las costas, pues de conformidad, con el artículo 365 del Código General del Proceso se impondrá costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la

demandada por este concepto, pues al contestar la demanda se opuso a las pretensiones en la demanda y resultó condenada.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la sentencia de primera instancia en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la instancia antes su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 18 de diciembre de 2019 por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

17-2018-00673-01

reclamación de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA TERESA GUTIERREZ DUQUE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 017 2018 00673 01

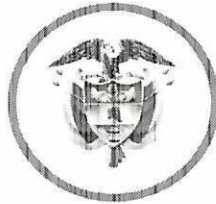
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 14 2018 00475 01.
DEMANDANTE: RODRIGO ESCOBAR NUÑEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A, realizado el 1° de septiembre de 1994. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes en cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales, así como a Colpensiones a adelantar las gestiones pertinentes y recibirlo sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de julio de 1958 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 25 de junio de 1985, en la que aportó 313.86 semanas. Refirió que el 1º de septiembre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Horizonte y actualmente se encuentra vinculada a Porvenir S.A., la cual hace sus veces. Preciso que el traslado no estuvo precedido de la suficiente ilustración por parte de la administradora, por lo que no existe voluntariedad en dicho acto, además porque no le fue informado que podría trasladarse antes de los 52 años.

Indica que el 5 de junio de 2018 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen y el 12 de junio de la misma anualidad lo hizo ante el fondo privado. Que cuenta con 1.428 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (f.º 24 a 32).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del actor, su afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la de traslado de régimen, también consintió las semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida y las reclamaciones administrativas. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 62 a 74).

La demandada Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, contestó como ciertos el natalicio del demandante y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 78 a 85).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de febrero de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad – AFP Porvenir S.A., y tenerlo como afiliado a Colpensiones. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. transferir a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas (f.º 113 y 114).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. no demostró haber brindado la información necesaria y relevante sobre las características, las condiciones, los efectos y los riesgos de cada régimen pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. interpusieron recursos de apelación.

La AFP Porvenir S.A. adujo que el Consejo de Estado ha establecido que es diferente el precedente jurisprudencial y la mera jurisprudencia, por lo que precisó que todas las sentencias que hacen referencia a la nulidad del traslado de personas beneficiarias del régimen de transición, salvo en una de ellas, la cual no constituye el referido precedente jurisprudencial.

Alegó que la AFP no podía negarse a recibir al demandante como su afiliado y este no probó la configuración de ningún vicio del consentimiento. Sostuvo que conforme al artículo 1604 del Código Civil todo derecho trae intrínsecamente una obligación y el actor tenía el deber de informarse sobre su futuro pensional.

Colpensiones por su parte sostuvo que el demandante no contaba con una expectativa legítima para el momento en que suscribió el formulario de traslado, el cual constituye ley para las partes por lo que no puede verse perjudicada Colpensiones, además se atenta contra el principio de estabilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida y el derecho de igualdad de los afiliados.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad

social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y

asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 25 de junio de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y 313.86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2, 3 y 52). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 19 de agosto de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir (f.º 87), el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1994, según historial de vinculaciones de folio 89.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que se trasladó de régimen por sugerencia de la empresa a la que prestaba servicios en la época. Precisó que los asesores de la AFP le mencionaron que el fondo privado era mejor que el Instituto de Seguros Sociales, la que tenía problemas financieros y no se sabía si iba a responder por las mesadas pensionales. Refirió que no supo que sus aportes serían consignados en una cuenta de ahorro individual y que el traslado de Horizonte a Porvenir se dio de manera automática. Dijo que se acercó a Porvenir S.A. y allí le comunicaron cuál sería el monto de su mesada

pensional la cual resultó ser la mitad de la que tendría en Colpensiones, entidad a la cual ya no podía trasladarse por la edad.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). Por lo anterior, la Sala adicionará la sentencia en este punto y así se indicará en la parte resolutive.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR punto tercero de la sentencia proferida el 21 de febrero de 2020 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que que la AFP Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

celebración de voto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RODRIGO ESCOBAR NUÑEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 014 2018 00475 01

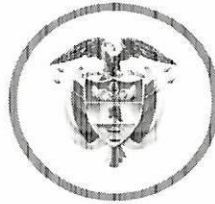
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 14 2017 00381 01
DEMANDANTE: GLORIA INÉS OSORIO ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 06 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes en cuenta individual y, a Colpensiones a aceptarla y tenerla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 22 de agosto de 1991, junto con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 28 de julio de 1981 se afilió al Instituto de Seguros Sociales en la que aportó 374 semanas y que

el 25 de julio de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Colfondos, encontrándose actualmente vinculada a Protección S.A.

Adujo que el asesor de Colfondos al momento del traslado no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en Colpensiones, omitió realizar una proyección que le permitiera contar con la información completa del bono pensional, así como la incidencia de su decisión, las características de cada régimen y utilizó como argumento de venta que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. Reseñó que el 7 de abril de 2017 pidió a Colfondos invalidar la afiliación y en la misma fecha radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, la cual fue negada por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad para acceder a la pensión (f.º 55 a 71).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP Colfondos S.A. se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó la creación de los fondos privados, la actual afiliación de la accionante a la AFP Protección S.A., la suscripción del formulario con Colfondos. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, inexistencia de la obligación, la no existencia de causal de nulidad alguna, falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la compensación y el pago; la obligación a cargo exclusivamente de un tercero, la petición antes de tiempo, la ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables de oficio (f.º 123 a 157).

La demandada AFP Protección S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En relación con los hechos, aceptó únicamente que la accionante se encuentra afiliada a esta AFP y constarle los demás. En su defensa, formuló las excepciones de eficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, inexistencia de nulidades por no haberse configurado un vicio en el consentimiento; el saneamiento por ratificación

de la nulidad alegada; la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 171 a 177)

Colpensiones al contestar la demanda también se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó que la actora se encontraba afiliada al ISS a la vigencia de la Ley 100 de 1993, la afiliación a Colfondos y la vinculación actual a Protección S.A., así como las peticiones presentadas a las distintas entidades. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 194 a 208).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 06 de marzo de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndola como afiliada a Colpensiones. Ordenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y las condenó en costas (f.º 247).

Como sustento de su decisión, adujo que la AFP Colfondos S.A. no demostró haber brindado la información necesaria y relevante para que la actora sopesara su decisión de trasladarse de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el juzgado no realizó una valoración integral del interrogatorio de parte en el cual la demandante manifestó que escogió a Colfondos por resultarle más atractivo y señaló algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, así como

reconoció que le informaron que no era beneficiaria del régimen de transición.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia,

mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para

entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la

pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 25 de junio de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 131.09 semanas cotizadas a Colpensiones y la Caja de Previsión Distrital (f.º 4, 162 y 188). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 25 de julio de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 102). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la promotora del juicio estuvo afiliada a Colfondos desde el 1º de septiembre de 1997 a 30 de septiembre de 2008; en la AFP ING del 1º de octubre de 2008 al 30 de diciembre de 2012; del 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 170).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante confesó que su afiliación al Colfondos fue libre y voluntaria, pero explicó que tomó la decisión porque le dijeron que el ISS se iba a acabar y ella venía de estar afiliada a una caja de previsión distrital por lo que estaba en limbo. Relató que la visita de los asesores se dio como en una feria comercial, en la que le dijeron a ella y sus compañeros una charla grupal, para luego firmar los formularios. Dijo que el asesor de Colfondos le anunció que su dinero iría a una cuenta individual, los cuales eran heredables, que podría pensionarse de manera anticipada y realizar aportes voluntarios, también manifestó que en principio no recibió extractos y luego le comenzaron a llegar. Finalmente, expuso que su deseo de trasladarse radica en el monto de la pensión, pues compañeras suyas con el mismo ingreso reciben un

monto de pensión tres veces más alto que el que ella recibiría en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Esta Colegiatura tampoco observa que le hayan puesto de presente las características generales del régimen de ahorro individual, toda vez que la AFP no demostró haber informado como ello incidiría en su futuro pensional de acuerdo con su condiciones laborales y familiares. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las

cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, ya que la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de marzo de 2020, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que que la AFP Protección S.A. deberá trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiese descontado por concepto de gastos de administración debidamente indexadas, conforme quedó explicado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por concepto de gastos de administración en el periodo en el que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

delación de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA INES OSORIO ROJAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 014 2017 00381 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2019 00123 01
DEMANDANTE: OSWALDO REYES SUAREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 133, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 134 a 148).

SENTENCIA

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener al demandante como afiliado

en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiera trasladado. Igualmente, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de marzo de 1956 y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 28 de junio del 2000. Adujo que el asesor de Fondo Privado no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen, no le realizó un estudio de su situación particular y únicamente lo ilustró acerca de los beneficios que obtendría al con el fondo privado.

Indicó que la AFP le realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado con una mesada pensional de \$1.128.000, entre tanto, en el Régimen de Prima Media la prestación mensual ascendería a \$3.515.703. Finalmente, que el 19 de septiembre de 2018 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones, sin respuesta hasta el momento (f.º 2 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento y de traslado, igualmente la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarles los restantes hechos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 65 a 70).

Al contestar la Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó la fecha de suscripción del formulario y la simulación pensional realizada. Manifestó no ser ciertos o no constarle la ocurrencia de los demás. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción

de obligaciones laborales de carácter sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio. (f.º 86 a 91).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de julio de 2020, declaró la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficios de demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado en su momento con Porvenir S.A. el 28 de junio de 2000. Condenó a Porvenir a realizar el traslado tanto de la relación jurídica como del valor saldos, aportes, rendimientos, el valor del bono pensional que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante. Condenó a Colpensiones a aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de los aportes, saldos pensionales y rendimientos, sin reconocimiento del derecho al régimen de transición por no tener derecho alguno sobre el particular. Absolvió de las demás suplicas de la demanda. Declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas (f.º 119 y 120).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, no obstante, no es impedimento para declarar la nulidad o ineficacia del traslado. Consideró que no se puede declarar nulidad del traslado, ya que no se configuró un vicio del consentimiento, pero estudiado desde la ineficacia concluyó que bajo las reglas del Decreto 663 de 1993 la AFP no ilustró al demandante acerca de las características o efectos del cambio de régimen, es decir, no cumplió con el deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 29 de marzo de 1956, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y 199.82 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 11, 27 - Historia Laboral). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 28 de junio de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 13 y 92), el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 2000, según historial de vinculaciones de folio 93.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante dijo que recibió asesoría grupal al momento de trasladarse que duró 15 minutos, el asesor no le informó el número de semanas que tenía cotizadas en el Seguro Social, pero le indicó que podía pensionarse anticipadamente y con un mejor monto. Refirió que no leyó el formulario porque estaba convencido de lo que le dijeron, por eso, lo firmó de manera libre y voluntaria. Además, indicó que, aunque tenía beneficiarios para la época no entregó sus datos porque no se los pidió el promotor.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen

pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir al fondo de pensiones de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión analizada, para condenar a la demandada AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado, así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Relación de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OSWALDO REYES SUAREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 012 2019 00123 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2019 00083 01
DEMANDANTE: TERESITA OTERO CONVERS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 242, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 244 a 257).

SENTENCIA

Analiza la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de mayo de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Colfondos S.A. y que no podía efectuar cotizaciones a un fondo privado de pensiones por cuanto se encontraba vinculada a la Procuraduría General de la Nación en el cargo de Asesor Código 1 AS y el artículo 15 de la Ley

100 de 1993 dispuso que durante los tres años siguientes a la entrada de la norma los servidores públicos en carrera administrativa afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida debían permanecer en el mismo. En consecuencia, se condene a la AFP a registrar en su sistema de información no efectuó ninguna vinculación válida a dicha AFP. Condenar a Colpensiones a registrar y activar su afiliación y a actualizar la historia laboral. Se condene a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de febrero de 1961, cotizó 79.71 al Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de febrero de 1983 y a la Caja Nacional de Previsión Social estuvo afiliado desde el 24 de junio de 1991 hasta el 9 de julio de 1994. Adujo que el 10 de julio de 1994 se afilió a la AFP Colfondos S.A la cual no le informó las implicaciones de su decisión, las desventajas de afiliarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tampoco le ofreció un escenario comparativo de la mesada pensional en cada uno de los regímenes y en todo caso desatendió la ley que para el momento prohibía su traslado por tratarse de una funcionaria pública.

Refirió que en el mes de septiembre de 2018 solicitó a la AFP y a Colpensiones declarar la nulidad del traslado de régimen y activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 1 a 25).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente la fecha de nacimiento de la accionante. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de prescripción y caducidad, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 108 a 115).

Por su parte Colfondos S.A. se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la promotora, la fecha de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la petición presentada a las administradoras. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna; prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; la buena fe, la compensación y el pago; el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y las demás declarables oficiosamente (f.º 104 a 130).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de mayo de 2020, declaró la ineficacia de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficios de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad celebrada el 10 de julio de 1994. Condenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual tales como saldos, aportes y rendimientos. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado sin lugar a reconocer a la demandante como beneficiaria del régimen de transición. Declaró no probadas las excepciones (f.º 229).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber brindado a la demandante una información suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las condiciones en que se pensionaría y los requisitos para acceder a la prestación, conforme a sus particulares características. En consecuencia, concluyó que en el traslado de régimen no medió el consentimiento informado, por lo que debe declararse la ineficacia del traslado.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a la decisión.

III. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las

características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios,**

pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 26 de febrero de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 279 semanas cotizadas a Colpensiones y Cajanal (f.º 26, 27 y 35). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 10 de julio de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 50) el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 1994, según historial de vinculaciones de folio 183.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que en el año 1994 los asesores de Colfondos visitaron las instalaciones de la Procuraduría General de la Nación, entidad para la cual prestaba servicios y realizaron las afiliaciones masivas sin brindar información. Confesó que firmó de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación e indicó que en algunas oportunidades solicitó información sobre su futuro pensional a la AFP.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones,

beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y del interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado, máxime cuando no medió ningún tipo de orientación o ilustración (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir al fondo de pensiones de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Por lo anterior, la Sala adiciona la decisión analizada para condenar a la demandada AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones debidamente

actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adiciona la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida el 29 de mayo de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Colfondos deberá trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Adelación de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: TERESITA OTERO CONVERS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 012 2019 00083 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 12 2018 00311 01
DEMANDANTE: MARTHA CONSUELO BASTIDAS CASTRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 263, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 265 a 278).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual realizado el 1º de julio de 1999, a través de la AFP Porvenir S.A. y que cumple los requisitos

para acceder a la pensión de vejez conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Por consiguiente, se condene a la AFP a trasladar los recursos existentes en cuenta individual al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a Colpensiones a recibir dicho capital en forma de semanas cotizadas, a validarlas dentro de su historia laboral y a reconocerle pensión de vejez. Se condene a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de febrero de 1961 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de junio de 1992 hasta el 30 de junio de 1999, momento en el que fue abordado en su lugar de trabajo por una funcionaria de Porvenir S.A., quien le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales entraría en banca rota y que la opción que tenía era trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en donde podría pensionarse a la edad que quisiera con una mesada superior y que si quería acceder a la prestación podía pedir la devolución de los saldos en la cuenta de ahorro individual, no obstante, nunca le fue informado de manera clara, completa y por escrito las consecuencias del cambio de régimen pensional.

Adujo que con el paso del tiempo y con base en información suministrada por la AFP pudo constatar que la mesada pensional que recibiría en Colpensiones es claramente superior a la que le ofrece la AFP, evidenciándose un detrimento patrimonial. Dijo que reclamó administrativamente ante Colpensiones y Porvenir S.A en marzo de 2018, pero las entidades contestaron negativamente. Relató que acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en la Ley 797 de 2003 (f.º 1 a 30).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la vinculación al Instituto de Seguros Sociales y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes hechos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la

inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente (f.º 138 a 145).

Por su parte, Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la promotora y la petición presentada a las administradoras. Manifestó no ser ciertos o no constarle la ocurrencia de los demás. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de carácter sucesivo e inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; la debida asesoría del fondo y las y las demás declarables oficiosamente (f.º 200 a 206).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficios de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad celebrada el 25 de mayo de 1999. Condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones la relación jurídica de afiliación y la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual tales como saldos, aportes y rendimientos. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado sin lugar a reconocer a la demandante como beneficiaria del régimen de transición. Declaró no probadas las excepciones (f.º 249).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber brindado a la demandante una información suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las condiciones en que se pensionaría y los requisitos para acceder a la prestación, conforme a sus particulares características. En consecuencia, concluyó que el traslado de

régimen no medió el consentimiento informado de la demandante por lo que debe declararse la ineficacia del traslado. De otro lado, determinó que la accionante no reúne el número de semanas mínimo previsto en la norma para acceder a la pensión de vejez.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación al argumentar que el juzgado fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial sentada por la H. Corte Suprema de Justicia, en los que analizaron los casos de personas beneficiarias del régimen de transición calidad que no acredita la aquí demandante. En consecuencia, no se le causó ningún perjuicio y la AFP no tenía la obligación de informarle sobre la pérdida de beneficios, o la generación de perjuicios por lo que no se incumplió con el deber de información.

Alegó que la única obligación para el momento en que se realizó el traslado era mencionarle a los posibles afiliados las características generales del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues la obligación de realizar proyecciones pensionales solo vino a surgir en el año 2015, precisó al punto que en el momento en que la demandante solicitó este servicio, la AFP le proporcionó la proyección. Por tanto, no puede darse aplicación retroactiva a la ley y exigir requisitos adicionales a los vigentes en la época del cambio de régimen y debe tomarse en consideración que la Ley 100 de 1993, dispone que las AFP no pueden abstenerse de vincular a ningún ciudadano.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha*

calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 17 de febrero de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 44 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 87 y 88). Así las cosas, la actora no es

beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 25 de mayo de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 208) el cual se hizo efectivo el 1º de julio de 1999, según historial de vinculaciones de folio 209.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que, en julio de 1999 suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., por sugerencia de su empleadora, porque sus compañeros incluido el Gerente lo hizo y creyó que tendría una mejor pensión. Aseguró que los asesores le dijeron que el traslado era necesario dado que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y no tenía recursos para cubrir las pensiones. Reveló que no leyó el formulario de afiliación, pues le creyó al ejecutivo y con base en la información verbal que le proporcionaron, que no recibió una proyección pensional o información escrita de ningún tipo. Dijo que, en el año 2017 fue a Porvenir y allí le informaron que su pensión sería equivalente al salario mínimo.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A. incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir al fondo de pensiones de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Por lo anterior, la Sala adiciona la decisión analizada para condenar a la demandada AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y

cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adiciona la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de

Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir deberá trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
aclaración de voto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA CONSUELO BASTIDAS CASTRO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 012 2018 00311 01

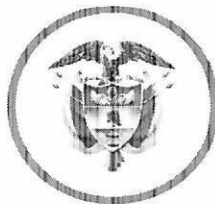
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2018 00393 01
DEMANDANTE: FANNY PINEDA PORRAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 276, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. MARÍA ELENA FIERRO GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.024.463.217 y T.P. No. 291.785 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 279 a 294).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de junio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Porvenir S.A. y de la posterior afiliación a AFP Protección S.A.. Se condene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta individual incluidos aportes, rendimientos, bonos y sumas adicionales de la aseguradora. Se condene a las AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración cobrados en el periodo en el que estuvo afiliado a cada administradora. Se ordena a Colpensiones recibirla como afiliada del Régimen de Prima Media con Prestación Definida con la totalidad de los ahorros, a actualizar la historia laboral. Se condene a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de abril de 1987 hasta el 31 de agosto del año 2.000. Refirió que el 15 de agosto del año 2.000 se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A., atendiendo a que el asesor le informó que podría pensionarse a la edad que quisiera, con un monto más alto que el que le daría el Instituto de Seguros Sociales y que esta entidad se liquidaría y perdería las semanas allí cotizadas, pero no le informó las condiciones específicas para causar la pensión en el fondo, específicamente la acumulación de capital, la rentabilidad y el comportamiento general de la economía. No le ilustró sobre las diferentes modalidades de pensión y la variación del monto en cada una de ellas.

Adujo que el 31 de agosto de 2005, se vinculó a la AFP Protección S.A., la cual tampoco le informó las condiciones específicas para acceder a la pensión en dicha administradora, menos aún las características, ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Finalmente, que el 22 de mayo de 2018, reclamó administrativamente ante Colpensiones sin obtener respuesta (f.º35 a 55).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con las cotizaciones realizadas a Colpensiones y la presentación de la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, el cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación por falta de causa y título para pedir y las demás declarables oficiosamente (f.º 65 a 70).

Al contestar La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de afiliación y las cotizaciones efectuadas a dicha administradora. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones afiliación y las demás declarables oficiosamente (f.º 72 a 84).

Por su parte la AFP Porvenir S.A. al dar respuesta al libelo introductorio también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el traslado a la AFP Protección S.A.. Manifestó frente a los restantes que no le constaban o no eran ciertos. En su defensa, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; el enriquecimiento sin causa, la inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de afiliación al fondo de pensiones; la debida asesoría del fondo y las demás declarables oficiosamente (f.º 179 a 191)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de junio de 2020, declaró la nulidad de la vinculación de la

demandante a la AFP Porvenir S.A. realizada mediante afiliación suscrita el 5 de agosto del año 2.000 y, por ende, su vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y los fondos privados. Ordenó el regreso automático sin solución de continuidad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Condenó a Colpensiones a recibir y reestablecer la afiliación de la demandante sin solución de continuidad. Condenó a la AFP Protección S.A. a hacer entrega a Colpensiones de todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses y rendimientos causados sin descontar gastos o cuotas de administración, con los documentos correspondientes para que Colpensiones establezca que la devolución corresponda a lo ordenado en la sentencia dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria. Condenó a AFP Porvenir S.A. a devolver todas las sumas que hubiere descontado con motivo de la afiliación como gastos de administración, cuotas e intereses. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir S.A. (f.º 222 a 224).

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP demandadas no demostraron haber informado a la demandante las características de los regímenes pensionales, ni antes de su afiliación, ni durante el tiempo que estuvo vinculada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que en línea con lo fijado por la Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. interpusieron recurso de apelación.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. imploró la revocatoria de la sentencia, como quiera que la demandante tuvo la oportunidad de leer y verificar el formulario de vinculación y con la información que recibió procedió a firmarlo, probándose así que la AFP dio cumplimiento a la norma que para la época

regulaba lo pertinente. Preciso que, si bien con posterioridad el deber de información cambió, ya no era de su resorte brindar esta asesoría pues la demandante se había trasladado a otra AFP.

Sostuvo que cuando se tiene duda sobre la real voluntad de vinculación se acude a elementos como la permanencia en el régimen o el traslado entre administradoras los que se configuran en el presente asunto. Además, que para el momento del traslado la promotora del juicio no contaba con ninguna expectativa consolidada que mereciera especial protección, por ello, el cambio no comportaba una situación desfavorable, pensar lo contrario, llevaría a concluir que se hace necesaria una revisión constitucional de todas las normas que regula el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Alegó que desde el año 2005 la AFP Protección S.A. es la encargada de manejar los recursos de la accionante, la que no tiene una cuenta de ahorro individual en Porvenir, por lo que no es procedente condenarla a enviar a Colpensiones suma alguna por concepto de gastos de administración. Preciso aquí que en los 5 años en que la actora estuvo vinculada tuvo cobertura de los riesgos de invalidez y muerte, por tanto, no es posible retrotraer o desconocer que estos recursos se consignaron.

Arguyó que gracias a los actos de administración de la cuenta individual esta produjo unos rendimientos financieros que incrementaron el capital, probándose así que la AFP si cumplió con las gestiones a su cargo, en ese orden de ideas, este argumento tampoco es procedente para condenarla a devolver gastos de administración y sumas adicionales. Finalmente, argumentó que se debe desestimar la condena en costas en su contra.

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** apeló al señalar que no debe ser condenada a devolver gastos de administración como quiera que esta deducción de la cuenta de ahorro individual se realizó en cumplimiento de una disposición legal válida, exigible, aplicable y vigente, se trata de

comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual.

Argumentó que en el hipotético caso en que se mantenga la condena por conceptos de gastos de administración, no es procedente ordenar también el giro de los rendimientos generados, pues los mismos se produjeron en virtud de la administración.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones, entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma

Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y

asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 25 de abril de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 109.04 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 9 y 71 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 15 de agosto del año 2.000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 197). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A. desde el 1º de octubre de 2000 a 30 de septiembre de 2005; en la AFP ING del 1º de octubre de 2005 al 30 de diciembre de 2012 y del 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 104).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que en el año 2.000 su empleadora le informó que iban a pasar unos asesores a la oficina, lo cual hicieron de puesto en puesto, explicándoles el funcionamiento del nuevo régimen pensional porque el Instituto de Seguros Sociales iba a ser liquidado y que la opción para no perder las semanas cotizadas era trasladarse, así obtendría una pensión incluso más

alta y a menor edad. Aseguró que leyó el formulario de vinculación y lo firmó con base en los que el asesor le indicó.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la accionante, deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala confirma la decisión analizada en cuanto condenó a las AFP demandadas a trasladar a Colpensiones los gastos de administración y sumas adicionales durante el tiempo de vinculación en cada una de ellas. Se precisa que no es posible eximir las de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

Ahora bien, como quiera la Jueza declaró la nulidad, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad por lo que la sentencia analizada será modificada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adiciona la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modifica y adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto primero de la sentencia proferida el 9 de junio de 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Colfondos S.A. conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y

sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Relación de voto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FANNY PINEDA PORRAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 010 2018 00393 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2019 00136 01
DEMANDANTE: HILDA ARACELY VÁSQUEZ GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A...

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 224, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 225 a 239).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP

Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar todas las sumas de dinero existentes en la cuenta individual, como cotizaciones, frutos, intereses, aportes voluntarios. Disponer que Porvenir pague los perjuicios morales y se condene a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 18 de julio de 1964 y el 23 de marzo de 1983 se vinculó al Instituto de Seguros Sociales, en el que cotizó 552 semanas. Refirió que el 13 de mayo de 1994, por orden de su empleador Seguros y Capitalización Colpatria S.A se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, si recibir ningún tipo de información clara detallada y precisa sobre los efectos del traslado, las características de cada sistema de pensiones, sus ventajas y desventajas, tampoco se le realizó un estimativo pensional, pese a que contaba con más de 500 semanas cotizadas. Expresó que el 13 de julio de 2018, solicitó a Porvenir S.A., informarle aspectos que no le expresó al momento del traslado (f.º 3 a 28).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, así como de afiliación y traslado a las administradoras, el número de semanas cotizadas y las solicitudes presentadas al fondo. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y las demás declarables oficiosamente (f.º 85 a 96).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, su número de identificación, el empleador con el que estaba vinculada al momento del traslado, la afiliación actual a la AFP, la radicación de un derecho de petición con 20 pregunta. Respecto de los

demás, adujo no ser ciertos. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, la buena fe, la compensación y las demás declarables de oficio (f.º 109 a 123).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de febrero de 2020, declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 13 de mayo de 1994, mediante afiliación a la AFP Colpatria. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado de Hilda Aracely Vásquez García y a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses que se hubieren causado de conformidad con las previsiones del artículo 1.746 del Código Civil. Ordenó a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Porvenir y a efectuar los ajustes correspondientes a la historia laboral (f.º 208).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado, lo cual no ocurre en el presente asunto, dado que la AFP no cumplió con la carga de demostrar que informó a la demandante las consecuencias de su cambio de régimen. Negó el pago de los perjuicios solicitados, por no haber sido demostrados

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el traslado realizado por la demanda en válida, pues no se probó la configuración de ningún vicio del consentimiento. Arguyó que la suscripción del formulario se hizo de forma voluntaria y como quiera que los testigos traídos son de oídas, no pueden validar la información que la accionante recibió al momento de trasladarse.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar

información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de**

vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía, que la promotora del juicio nació el 18 de julio de 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 74.14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 30 y 101). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 13 de mayo de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy AFP Porvenir S.A. (f.º125), el cual se hizo efectivo el 1º de junio de 1.997, según historial de vinculaciones de folio 124.

Se advierte que aunque la demandada AFP Porvenir S.A. solicitó decretar el interrogatorio de parte al demandante, no fue practicado como quiera que el apoderado de la AFP no se hizo presente.

A solicitud de la parte demandante se decretó y escuchó el testimonio de Carlos Uriel Ramírez González y Jhon Alexander Olaya Álvarez, quienes manifestaron que trabajaban para el grupo Colpatria, ellos, para la AFP y, la demandante para la Aseguradora Colpatria, por ello, indicaron que por fidelidad al grupo debían estar vinculados al fondo del grupo y esto se hacía por solicitud de Recursos Humanos. Refirieron que no estuvieron presentes cuando la demandante suscribió el formulario, ni saben si fue asesorada, por lo que su dicho no aporta aspectos relevantes a efectos dilucidar que indicios al proceso.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código

Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de**

la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia.

Ahora bien, como quiera la Jueza declaró la nulidad y/o ineficacia, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar únicamente la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad, por lo que la sentencia analizada será modificada en este punto.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

La sentencia se adicionará en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará y adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta, ni en la instancia, ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero la sentencia proferida el 26 de febrero de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 08-2019-00136-01

aprobación de voto

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HILDA ARACELY VASQUEZ GARCÍA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00136 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2019 00033 01
DEMANDANTE: LUZ DARY BEJARANO AVÍLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINSTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 152, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública n°. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 154 a 172).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP

Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Colpensiones a activar la afiliación en el régimen de prima media con prestación definida se ordene a la AFP trasladar todos los valores consignados en la cuenta individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados como los dispone el artículo 1746 del código civil. Además, de los derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de marzo de 1960 y se vinculó a Cajanal el 19 de junio de 1986 en la que cotizó 573 semanas. Refirió que el 15 de diciembre de 1997 se trasladó a Porvenir, el cual no le dio información sobre los requisitos para pensionarse en el fondo privado, omitió explicar las diferencias y las características propias de cada régimen y tampoco le suministró un cálculo actuarial ni elaboró proyecciones pensionales. Que el 26 de septiembre de 2018 solicitó a Porvenir y Colpensiones anular la afiliación, las cuales fueron contestadas negativamente (f.º 5 a 32).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe, y las demás declarables oficiosamente (f.º 70 a 79).

Por su parte, la AFP Porvenir también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la cotización al régimen de ahorro individual con solidaridad en 1998, la solicitud presentada a la AFP y su respuesta. Respecto de los demás, adujo no ser ciertos o no constarles. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las declarables oficiosamente (f.º 98 a 106).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 15 de diciembre de 1997. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado de Luz Dary Bejarano Ávila y la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses que se hubieren causado de conformidad con las previsiones del artículo 1.746 del Código Civil por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Asimismo, dispuso a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Porvenir y a efectuar los ajustes correspondientes a la historia laboral. Sin condena en costas (f.º 138 y 139).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado, el cual no fue demostrado por la AFP, dado que no existe prueba de la ilustración al demandante de las consecuencias de su cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones argumentó que no comparte el análisis probatorio y conclusiones realizados por el juez referente a que la AFP no aportó medio de convicción suficiente para demostrar que cumplió con la obligación de proporcionar a la demandante información clara, completa y veraz en el momento de traslado de régimen. Precisó que la única prueba de la asesoría es el formulario de vinculación exigido por ley para el momento en que fue solicitado el cambio de régimen. Sostuvo que el traslado se dio

hace más de 20 años por lo que resulta imposible acreditar las circunstancias en que el mismo se concretó.

Arguyó que la única motivación que tiene la accionante para solicitar la anulación de la vinculación es la diferencia del valor de la mesada pensional, situación que en manera alguna puede tenerse como un presupuesto de validez del traslado, pues, ella depende de las características propias del régimen y en forma alguna es una situación imputable a las administradoras.

Finalmente, expuso que no existe una regla unificada de jurisprudencia para resolver todos los casos de ineficacia de traslado de régimen, por lo que en cada caso debe verificarse un perjuicio al potencial afiliado, circunstancia que no se concretó en este caso, en el que la promotora del juicio no es beneficiaria del régimen de transición. Por el contrario, por más de 20 años ha gozado de los beneficios del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** adujo que el formulario de afiliación suscrito es un documento público que contiene una declaración escrita y que se presume auténtico. Se constituye en el único documento con que cuenta la AFP para demostrar que la afiliación es válida y que se proporcionó a la demandante la información que la ley disponía para el año de 1997, lo que le permitió tomar la decisión libre de trasladarse.

Alegó que la accionante ha estado vinculada por más de 20 años a la administradora sin presentar inconformidad alguna, incluso, en su permanencia ha exteriorizado su voluntad de permanencia porque cotizó y recibió extractos cuyo contenido confesó entender, además solo hasta el 2018 cuando fue informada sobre el monto de la mesada pensional manifestó alguna inconformidad, porque este no satisfizo sus expectativas, lo que denota que durante un largo tiempo dejó al azar su futuro pensional.

En otro punto, sostuvo que no es procedente trasladar a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, pues la Ley 100 de 1993 prevé esta deducción para cubrir los gastos de invalidez y muerte, pues la AFP cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura de la póliza.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la

obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar*

ajustada a los parámetros de libertad informada” la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía y la historia laboral, que la promotora del juicio nació el 11 de marzo de 1960 por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 73 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 29 y 92 expediente administrativo). Por tanto, la actora no es beneficiaria del régimen de transición, ni por edad o el número de semanas cotizadas.

Conviene advertir que la demandante señaló que estuvo vinculada a Cajanal, no obstante, esta sola circunstancia no impide el cambio de régimen, dado que la historia laboral consolidada y emitida por Porvenir, indica que la accionante cotizó 573 semanas al régimen de prima media con anterioridad al traslado (f.º 34). En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 15 de diciembre de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 107), el cual se hizo efectivo el 1º de febrero de 1998, según historial de vinculaciones de folio 107 vuelto.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que a ella y a sus compañeros de trabajo los asesores de Porvenir les expusieron las bondades de afiliarse a un fondo de pensiones privado, pues los recursos que se iban a acumular generaban rendimientos. Indicó que la única pregunta realizada fue la referente a qué si tendría derecho a una pensión y que leyó el formulario, pero este tenía información muy básica de sus datos personales. Dijo que nunca mencionaron las diferencias entre los regímenes pensionales y que solo vino a enterarse de ellas cuando quiso

pensionarse. También que el asesor no le solicitó información acerca de sus semanas cotizadas y confesó que recibe extractos del fondo, así como que su inconformidad radica en el monto de la mesada pensional, pues la que le ofrece el fondo no le alcanzaría para cubrir sus gastos básicos, lo cual no le parece justo después de tantos años de trabajo.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues de conformidad con el escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener rendimientos y pensionarse mejor, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras,

como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

La sentencia se adicionará en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 25 de junio de 2020, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 8-2019-00033-01
alteración de voto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ DARY BEJARANO AVILA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00033 01

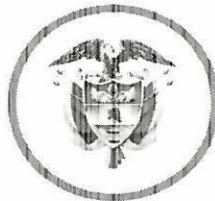
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2018 00694 01
DEMANDANTE: SANDRA HINCAPIE NARVAEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINSTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron la demandada AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladarla junto con los saldos en cuenta individual y a Colpensiones a aceptar el traslado. Se condene a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y a pagar las costas del proceso. Subsidiariamente, condenar a la AFP pagar mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que hubiese recibido en Colpensiones.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de agosto de 1969 y se vinculó al Instituto de Seguros Sociales en la que cotizó 42

semanas, para un total de 1.017 semanas en toda su vida laboral. Refirió que el 1º de junio de 1999, se trasladó a Porvenir, con base en la asesoría que le brindó la AFP según la cual el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y las cotizaciones allí realizadas se podían perder, en cambio que en el fondo privado se pensionaría a una edad anticipada y con un monto superior de mesada. Advierte que la AFP no le informó que se podía trasladar faltándole más de 10 años para cumplir la edad de pensión, tampoco le realizó algún estudio o proyección de la pensión probable.

Señaló que la mesada que el régimen de ahorro individual con solidaridad le ofrece es de \$1.226.400 y la que obtendría en Colpensiones sería de \$4.541.100 dado su promedio salarial, evidenciándose así la causación de un grave perjuicio. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente ante Colpensiones la cual fue negada (f.º 4 a 14).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la edad. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe, y las demás declarables de oficio (f.º 73 a 81).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A., Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente los relacionados con el natalicio de la accionante, el número de semanas cotizadas, la solicitud de simulación pensional y el resultado. Frente a los demás, manifestó no ser ciertos o tratarse de apreciaciones subjetivas. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 103 a 121).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 09 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 23 de septiembre de 1999. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado y a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses que se hubieren causado de conformidad con las previsiones del artículo 1.746 del Código Civil. También dispuso a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Porvenir y a realizar los ajustes correspondientes a la historia laboral. Sin condena en costas (f.º 169 y 170).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado, el cual no fue demostrado por la AFP, dado que no existe prueba de la ilustración al demandante de las consecuencias de su cambio de régimen. Negó el pago de los perjuicios solicitados, por no haber sido demostrados.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones argumentó que en la demanda se solicitó la nulidad del traslado, sin embargo, el juzgado declaró la ineficacia, con lo cual se vulnera el debido proceso, pues la entidad no tuvo la oportunidad de oponerse. Además, que los efectos jurídicos de la ineficacia son diferentes a los de la nulidad.

Alegó que la demandante confesó que la motivación para trasladarse radicaba en el monto de la mesada, lo cual no constituye causa legal para ordenar el traslado fuera de los términos previstos en la ley. Que en todo caso no debe ser declarada la nulidad, ni la ineficacia del traslado, toda vez que Porvenir cumplió con la obligación legal de asesorar debidamente a la actora, prueba de ello, obra en el expediente el formulario de afiliación,

que era el único documento exigido en la ley para la época en que decidió cambiar de régimen, ya que para la época no se requería asesoría y hacer proyecciones.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** adujo que para el momento de la afiliación la ley no contenía la obligación de realizar proyecciones o comparativos. Preciso que la actitud de la demandante al absolver interrogatorio de parte denota que fue preparada previamente, pero, de todas maneras, las características que informó sobre el régimen de ahorro individual con solidaridad denotan su conocimiento. Sostuvo que capacita a sus asesores para que entreguen la información correspondiente a los futuros afiliados.

Sostuvo que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 regula el cobro de las comisiones por la administración de recursos públicos y privados destinados a la cobertura de pensiones, por ello, no es procedente ordenar la devolución de estos montos, como quiera que mientras la demandante fue titular de la cuenta de ahorro individual esta obtuvo rendimientos que no están previstos en el régimen de prima media, además estuvo cubierta respecto de los riesgos de invalidez y muerte.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis 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. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 15 de agosto de 1969, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 24 años, así como con 42 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 15 y 26 reporte de AFP). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición por edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de septiembre de 1999, así se observa en el formulario de

afiliación a la AFP Porvenir (f.º 122), el cual se hizo efectivo el 1º de octubre de 1.994, según historial de vinculaciones de folio 124.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante señaló que en septiembre de 1998 fue contratada por la Universidad El Bosque por horas, que en 1999 la llamaron para formalizar contrato laboral y en ese momento estaba una persona de Porvenir quien le dijo que de continuar en el ISS podría tener problemas porque esa entidad se iba a liquidar y que en el fondo se pensionaría con una mayor mesada. Aseguró, que no tuvo oportunidad de hacerle preguntas al promotor, pues este no le brindó ninguna asesoría, solo le pidió unos datos personales y de sus beneficiarios.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre

de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

La sentencia se adicionará en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 09 de marzo de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
adlucías de voto.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SANDRA HINCAPIE NARVAEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 008 2018 00694 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020 y STP 677-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación y teniendo en cuenta el momento histórico del traslado, y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada