



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2019 00070 01
DEMANDANTE: MARÍA PATRICIA PÀEZ RODRÌGUEZ
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 15, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.049.614.551 y T.P. No. 246.554 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 16 a 35).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 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

Colfondos S.A. realizada el 10 de enero de 1999. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibirla. Condenar a la AFP a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de cotizaciones, bonos, sumas adicionales, con los rendimientos causados, frutos e intereses y trasladarlo a Colpensiones. 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 12 de junio de 1961 y en enero de 1988 empezó a cotizar al Instituto de Seguros, luego, el 20 de enero de 1999 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Colfondos. Adujo que durante las visitas realizadas por los asesores de la AFP le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad y con mejor monto, además, le manifestaron que el ISS iba a ser liquidado, por lo que su pensión se encontraba en riesgo.

Expuso que el agente comercial de Colfondos no le indicó las ventajas, desventajas, condiciones, de cada régimen pensional, no le realizó proyecciones. Indicó que suscribió el formulario de afiliación, pero este no contaba con información clara, suficiente y concisa que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de manera informada. Además, la AFP no le comunicó que estaba a punto de vencerse el término para trasladarse de régimen.

Narró que acredita un capital acumulado en la cuenta de ahorro individual por la suma de \$196.848.557, con el cual, la AFP le realizó una proyección de su mesada pensional indicándole que sería de \$1.044.847 a los 58 años. Refirió que el 14 de noviembre de 2018, diligenció formulario de traslado a Colpensiones, entidad que rechazó la solicitud. En la misma fecha solicitó a Colfondos anular la afiliación, en respuesta la AFP negó lo petitionado (Expediente Virtual f.º 46 a 73 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la promotora, la fecha de afiliación al Régimen de Prima Media

con Prestación Definida, la reclamación administrativa y su respuesta. En relación con los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de afiliación, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, prescripción, la buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital f.º 103 a 112).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el ofrecimiento de beneficios otorgados en el régimen de capitalización, la suscripción del formulario, la petición presentada a la AFP. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso 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, buena fe, la compensación y el pago, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital f.º 141 a 161).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 02 de junio de 2020, declaró nulo el traslado efectuado por la demandante y, en consecuencia, ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos y a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, conforme al tiempo en que permaneció afiliada. Condenó a Colpensiones a afiliarse a la accionante y a recibir todos los aportes efectuados a Colfondos y condenó a esta última a pagar las costas del proceso (Expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada tenía el deber de demostrar que más allá de brindar una simple información tenía a su cargo el deber de buen consejo y, por ende, explicarle a la demandante las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, sus características y aspectos relevantes para que esta tomara una decisión con pleno convencimiento. Señaló que la AFP no supo explicar como capacitó a sus asesores, tampoco la información que estos transmitieron a la demandante y que le permitiera optar por un traslado, previo análisis de los pros y los contras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP Colfondos S.A. adujo que no es procedente realizar la devolución de los gastos de administración, pues este cobro se encuentra previsto en la Ley 100 de 1993, y gracias al mismo, mientras la demandante permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual obtuvieron rendimientos, los cuales no hubiese podido obtener en prima media.

De otro lado, solicitó revocar la condena en costas como quiera que en el traslado de régimen no se configuró ningún vicio del consentimiento, por el contrario, está demostrado que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

Colpensiones por su parte solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que no se cumplen los presupuestos facticos y jurídicos para declarar la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que la demandante realizó su afiliación dentro de los términos previstos por la ley.

Sostuvo que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen, en consecuencia, correspondía a la parte actora demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento. Precisó al punto que en el interrogatorio de parte señaló la demandante que no le fue suministrada información, pero induce al error, pues no puede olvidarse que se trata de una persona que no es ciega y que tiene capacidad y discernimiento. Sostuvo que toda la carga probatoria no puede recaer exclusivamente en el fondo sin que los demandantes hagan el menor esfuerzo procesal, pues, ello quiebra la lógica de las cargas probatorias.

Asimismo, indicó que el Decreto 2241 de 2010 determina las obligaciones en cabeza de los afiliados, tales como informarse adecuadamente de los nuevos sistemas de multifondos, aprovechar los mecanismos de divulgación de información, del funcionamiento del Sistema General de Pensiones y de sus derechos y obligaciones, leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar, firmarlos y emplear toda su atención en la toma de decisiones respecto de la afiliación y traslado entre regímenes o administradoras y la selección de modalidades de pensión. No obstante, la demandante no demostró que hubiese realizado alguna gestión o solicitud de información para verificar las condiciones de su futuro pensional.

Arguyó que la demandante hizo uso de la libre escogencia de régimen pensional y aceptó todas las condiciones, por lo que el desconocimiento no le es suficiente para alegar la nulidad de traslado. Manifestó que debió probar la permanencia de la fuerza en el tiempo, sin embargo, ello no sucedió. Argumentó que permitir el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de un apersona que nunca ha cotizado al mismo y que esta próxima a pensionarse resulta contrario a los preceptos constitucionales de equidad y de eficiencia, que consiste en obtener la mejor utilización de los recursos administrativos.

Solicitó se ordene normalizar la afiliación en el sistema realizar la devolución a través del sistema “*mantis*” la que debe comprender los aportes, rendimientos finales y gastos de administración debidamente indexados sin descontar ninguna suma por concepto de seguros de invalidez y de sobrevivientes, pues al no hacerlo así ello contribuiría a la descapitalización del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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 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 copia de cédula de ciudadanía de folio 30 (expediente virtual), que la promotora del juicio nació el 12 de junio de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años. En el presente caso, como quiera que no fue aportada historia laboral, no es posible determinar el número de semanas cotizadas con anterioridad al traslado de régimen. Así las cosas, la actora no demostró ser beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y 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 20 de enero de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º210) el cual se hizo efectivo el 1º de marzo de 1999 (f.º 209).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que en el año 1999 en la empresa recibió una charla por parte de asesores del fondo privado en el que le dijeron que el ISS se iba a acabar y, por ello, debería aprovechar rápidamente las garantías que le ofrecía la AFP para asegurar una pensión alta y digna, puesto que el fondo hacía inversión en dólares. También le manifestó que la pensión se podía heredar a un familiar o que, si lo prefería, retirar todos sus aportes e invertirlos. Sostuvo que nunca realizó aportes voluntarios y cuando cumplió 57 años se acercó a Colfondos a solicitar información sobre su pensión, en la que le informaron que el monto sería un poco superior al salario mínimo. Manifestó que pese

a que el Seguro Social no se liquidó, nunca se acercó a preguntar, pues estaba convencida de lo que el asesor le había ofrecido.

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 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 las reglas sentadas por 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 a la AFP Colfondos 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).

Ahora bien, como quiera el Juez declaró la nulidad y/o ineficacia, la Sala modifica 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.

Estima la Sala que no es procedente absolver a Colpensiones de la condena en costas, como quiera que artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas la parte vencida en juicio y, en este caso, la demandada al contestar la demanda se opuso a todas 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 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 2 de junio de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante el 20 de enero de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Colfondos S.A.

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.

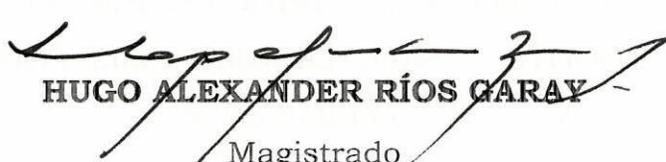
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

atención de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA PATRICIA PÁEZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 035 2019 00070 01

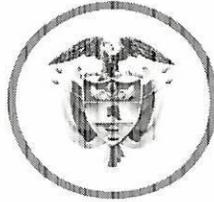
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 35 2018 00711 01
DEMANDANTE: NANCY JUDITH CIFUENTES MOLINA
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 interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio 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 Porvenir S.A., además que se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a Porvenir trasladar los saldos en cuenta individual como aportes, bonos pensionales, rendimientos, intereses, comisiones, sumas descontadas por servicios financieros y gastos de administración. Condenar a Colpensiones a recibir las sumas trasladadas por Porvenir y se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de agosto de 1962 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de octubre de 1984, 577 semanas. Adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual

con Porvenir el 1º de marzo de 2000. El asesor comercial del fondo no le informó de las consecuencias de su traslado, tampoco le advirtió que el formulario la trasladaría de régimen pensional por ministerio de la Ley 100 de 1993, no le explicó las ventajas y desventajas que tendría de seguir cotizando al ISS, su asesoría por el contrario se centró en indicar que el ISS desaparecería y que el Gobierno Nacional no garantizaría el reconocimiento y pago de las pensiones. Le prometió además que su pensión le sería reconocida cuando cumpliera 55 años de edad.

Expuso que para octubre de 2018 acredita un total de 1438 semanas y el 20 de abril de 2018 solicitó a Colpensiones que peticionara a Porvenir la entrega de todo el ahorro efectuado en la cuenta (f.º 4 a 13 Expediente Digital).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Colpensiones. se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y su posterior traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y la reclamación presentada con su respuesta. En relación con los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la prescripción y la inexistencia de causal de nulidad (f.º 55 a 62 Expediente Virtual).

De otro lado, al dar respuesta a la demanda, la demandada Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento y las afiliaciones al Sistema General de Pensiones e igualmente las peticiones presentadas al fondo como su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes hechos. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de la prescripción, la buena fe, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 104 a 128 Expediente Virtual).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de junio de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción denominada falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación. Condenó en costas a la parte demandante (Expediente Virtual).

Como sustento de su decisión, señaló que si bien no se demostró cuál fue la información que la AFP proporcionó a la demandante en el momento del traslado, lo cierto es que no probó conforme a los medios probatorios allegados al proceso la existencia de lesiones injustificadas que se hayan originado en el cambio de régimen pensional. Igualmente, que a pesar de existir un cálculo de la pensión que recibiría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no comprobó que la misma resultaría inferior a la que eventualmente reconocería Colpensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación al argumentar que el juez absuelve a la demandada por no encontrar acreditado un perjuicio, pasando por alto que según la proyección realizada por Porvenir el 4 de octubre se le indica que la tasa de reemplazo ofrecida en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es del 39.38%, mientras que en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida correspondería al 65% por las primeras 1300 semanas cotizadas, lo que refleja claramente un desmedro a los intereses pensionales de la demandante.

En el mismo, sentido sostuvo que el perjuicio es notorio, pues conforme a las cotizaciones realizadas en los últimos 10 años en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, tendría una pensión superior al salario mínimo. Finalmente, indicó que la jurisprudencia ha

ratificado el deber de información que tienen las AFP y, en este caso, Porvenir planteó a la demandante unas condiciones pensionales atractivas que la condujeron a cambiarse de régimen.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación 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 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 *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.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía de folio la promotora del juicio nació el 3 de agosto de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 273.81 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 24, 25 a 30 Expediente Virtual). Así las cosas, la actora no es beneficiaria 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 05 de enero de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 130), el cual se hizo efectivo el 1º de marzo de 2000, según historial de vinculaciones de folio 131 del expediente virtual.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el año 2000 se encontraba laborando para la clínica San Diego, allí la gerencia le informó que la clínica tenía la intención de trasladar a todo el personal a Porvenir, en ese momento, una asesora del fondo les indicó que tenía muy buenas opciones de pensión, que podían acceder a la prestación cuando quisieran y que generaba tranquilidad porque el ISS se iba a acabar. Aseguró que, bajo la confianza en las buenas condiciones que le ofreció la promotora, se trasladó. Reveló que recibió extractos de Porvenir y que estos únicamente contenían los aportes y los saldos, que nunca se acercó a Colpensiones, pues confió en la asesoría que le brindó la AFP. También que realizó aportes voluntarios porque quería aumentar el monto de su pensión.

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 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 las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, 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 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).

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, esta Colegiatura revoca la decisión analizada, para en su lugar, proferir las declaraciones e imponer las condenas anunciadas.

Sin costas en esta instancia. Las primera a cargo de la AFP demandada Porvenir 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 10 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco 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 Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: 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.

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

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las primera a cargo de la AFP demandada Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



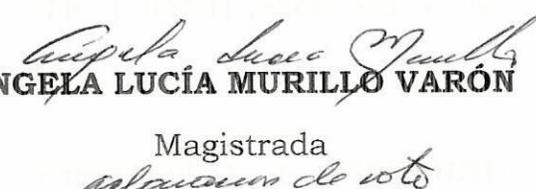
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

relacionado de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NANCY JUDITH CIFUENTES MOLINA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 035 2018 00711 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

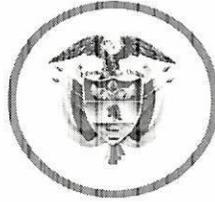
Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

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 35 2018 00588 01
DEMANDANTE: ANA JULIETA GÓMEZ ECHEVERRI
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y ADMINSTRADORA 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 demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 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 Colfondos S.A. realizada el 29 de diciembre de 1994. Declarar el regreso automatico al régimen de prima media En consecuencia, se condene a AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación con todos sus frutos e intereses y rendimientos. Condenar a Colpensiones a aceptar y recibir la afiliación como si nunca se hubiera cambiado de régimen 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 se afilió al ISS en el año de 1981 y que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Colfondos S.A. para lo cual suscribió formulario de afiliación, no obstante, la administradora no le suministró cálculo actuarial con el cual pudiera evidenciar la diferencia en el monto de la mesada. Tampoco le pusieron de presente las diferencias y las características de cada régimen y las implicaciones del cambio, no le informaron que debía permanecer un tiempo determinado y que después de cumplir 47 años de edad no podía regresar a prima media. Por el contrario, le dijeron que si no se sentía a gusto podía regresar al Seguro Social en cualquier momento, claro, si este no desaparecía, además le aseguraron que en el fondo privado podía pensionarse a cualquier edad y pedir la devolución de aportes cuando quisiera porque sería la titular de una cuenta de ahorro individual.

Expuso que cuenta con 1850 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y según proyección pensional realizada por Colfondos la AFP ofrece un monto de mesada precario, que nada tiene que ver con lo que le brindó al momento de traslado, lo cual afectará su mínimo vital. Refirió que solicitó autorización a Colfondos y Colpensiones para retornar al régimen de prima media, pero la Administradoras respondieron de manera negativa. (Expediente Virtual f.º 8 a 26).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó las fechas de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la data de la reclamación administrativa y su respuesta. En relación con los demás, manifestó ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital f.º 161 a 171).

Al contestar la AFP Protección S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que ninguno de los hechos le

consta. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta causa para pedir; la buena fe, el traslado de aportes a Colfondos, la prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y las demás declarables oficiosamente (Expediente Administrativo f.º 190 a 205)

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de afiliación a la AFP, la suscripción del formulario correspondiente, el número de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, la simulación pensional realizada y la reclamación administrativa a esta AFP. Manifestó no ser ciertos o constarle los demás. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, la 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, la ausencia de vicios del consentimiento, la obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital f.º 305 a 331).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 04 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante y, en consecuencia, ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos. Condenó a Colpensiones a afiliarse a la accionante y a recibir todos los aportes efectuados a Colfondos. Se abstuvo de imponer costas del proceso (Expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que estando a su cargo, la AFP no pudo demostrar que brindó información suficiente a la demandante que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de manera consciente y a sabiendas de las implicaciones de su decisión.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la demandante suscribió el formulario de afiliación en señal de aceptación de las condiciones y beneficios previstos en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Adujo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no gozaba ni siquiera de una expectativa legítima, por consiguiente, no se configura ningún daño o vicio del consentimiento. Sostuvo que el error de derecho no afecta la validez del acto jurídico y que la accionante manifestó su voluntad de permanecer por más de 20 años a la AFP a la cual realizó cotizaciones y se trasladó entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Igualmente, no se acercó antes de tomar la decisión al Seguro Social para verificar las condiciones de su futuro pensional.

Menciona que permitir el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de un apersona que nunca ha cotizado al mismo y que esta próxima a pensionarse resulta contrario a los preceptos constitucionales de equidad y de eficiencia, igualmente, desconoce los términos de oportunidad de traslado previsto en la Ley 100 de 1993.

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 copia de cédula de ciudadanía de folio 155 (expediente virtual), que la promotora del juicio nació el 07 de febrero de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32. De otro lado, como quiera que no fue aportada historia laboral, no es posible determinar el número de semanas cotizadas con anterioridad al traslado de régimen. Así las cosas, la actora no demostró ser beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y 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 29 de diciembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 114 Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos desde el 1º de enero de 1995 al 30 de junio de 1999; en la AFP Colmena del 1º de julio de 1999 al 31 de marzo de 2.000; en la AFP ING hoy Protección S.A. desde el 31 de mayo de 2004 y en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º230 Expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que el 29 de diciembre de 1994 se vinculó al Ministerio De Ambiente y cuando fue a talento humano a firmar los papeles de ingreso, un asesor de Colfondos la abordó y le dijo que quería explicarle cómo funcionaban los fondos, allí le dijo que el Seguro Social se iba a acabar y que los aportes que había realizado a esa entidad corrían peligro, por ello, podría incluso quedarse sin pensión. Le dijo que Colfondos tenía un nuevo sistema en el cual se podía pensionar a la edad que quisiera y con el monto del sueldo que tuviera en ese momento. Explicó que se trasladó a Colmena y luego a ING porque cada una de estas le ofrecía mejores rendimientos. Reveló que recibió extractos, que nunca se acercó a Colpensiones a indagar si podía regresar porque confió en lo que le dijo el asesor de Colfondos y no se ocupó más del tema.

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 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 las reglas sentadas por la 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. En consecuencia, esta colegiatura modificará el fallo analizado en consulta, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A., a trasladar el saldo en cuenta individual, incluidos los rendimientos, junto con los gastos descontados por administración, pues el Juez impartió la orden a la AFP Colfondos S.A con la cual la demandante dejó de estar vinculada desde el 30 de junio de 1999.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Colfondos S.A. 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).

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 adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni 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 Y ADICIONAR el punto primero de la sentencia proferida el 4 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de disponer que es la AFP Protección S.A. la encargada de 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: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado por concepto de gastos de administración debidamente indexadas mientras la demandante estuvo vinculada 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 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 35-2018-00588-01
Aclaración de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA JULIETA GOMEZ ECHEVERRY

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 035 2018 00588 01

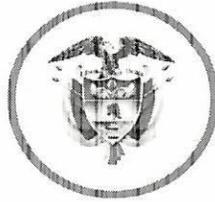
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 33 2018 00329 01
DEMANDANTE: HERICINDA AREVALO ROMERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, 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 demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de agosto 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 Colfondos S.A., y que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, intereses existentes en la cuenta individual y perjuicios causados de conformidad con la Ley 446 de 1998. Disponer a Colpensiones a activar la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a la AFP demandada 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 nació el 7 de mayo de 1962 y desde el 1º de abril de 1996 a la fecha se desempeña como funcionaria no uniformada de la Policía Nacional, y disfruta de pensión de sobrevivientes otorgada por Colpensiones desde el año 1998. Refirió que cotizó a Colpensiones 276 semanas desde el 30 de marzo de 1993 hasta el 7 de febrero del año 2.000.

Adujo que al momento del traslado de régimen el asesor de Colfondos no le informó sobre las consecuencias desfavorables que le traería el trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no le proporcionó información, clara, suficiente y precisa sobre el particular

Refirió que el día 3 de mayo de 2018, solicitó a Colfondos la anulación de su afiliación, simulación pensional, copia del formulario de vinculación. En respuesta la AFP le puso de presente que el asesor explicó las condiciones del régimen y al firmar el formulario libre y voluntariamente, las aceptó. Le puso de presente que no es procedente anular la afiliación. Señaló que solicitó a Colpensiones una simulación pensional pero la entidad no le contestó (f.º 2 a 20).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su vinculación a la Policía Nacional, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, las peticiones presentadas a las administradoras. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, 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 120 a 135).

Al contestar la AFP Colfondos S.A. también 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, el número de semanas cotizadas en este, las peticiones elevadas al fondo. En relación con los restantes, manifestó no

ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de validez de la afiliación con Colfondos, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad e inexistencia de la obligación de traslado, inexistencia de perjuicio con el traslado de régimen, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 180 a 199).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante. Declaró que la accionante se encuentra afiliada en forma efectiva a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Ordenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidos cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con sus respectivos intereses o rendimientos, con la inclusión de gastos o comisiones de administración que se hayan generado durante la afiliación. Ordenó a Colfondos de ser el caso pagar con cargo a su propio patrimonio, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en prima media. Conminó a Colpensiones a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ello hubiere lugar lo que incluye los gastos de administración y comisiones. También le ordenó a Colpensiones recibir las sumas descritas y a reactivar la afiliación.

Igualmente, declaró no probadas las excepciones de prescripción e inexistencia del derecho. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Condenó en costas a las demandadas. Conminó a Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado a establecer mecanismos procesales y administrativos que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado de régimen. Condenó en costas a Colfondos (f.º 215 y 216).

Como sustento de su decisión, señaló que en aplicación del precedente jurisprudencial horizontal la demandada AFP Colfondos S.A. debió demostrar que brindó información necesaria para que la demandante tomara la decisión de trasladarse de manera libre, voluntaria e informada, no obstante, ello no ocurrió en el presente caso. Concluyó además que, aunque la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, el traslado sí afecta sus intereses, pues no le permitiría acceder a los subsidios a la pensión previstos en el régimen de prima media.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la demandante no demostró que el traslado de régimen le haya ocasionado un perjuicio grave; que la situación de la accionante no se alinea con las analizadas por la H. Corte Suprema de Justicia en la cual los allí demandantes eran beneficiarios del régimen de transición o tenían unas expectativas legítimas.

Expuso que el a la parte actora a la que le corresponde demostrar la configuración de un vicio del consentimiento, por tal motivo, no es procedente invertir la carga de la prueba.

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 07 de mayo de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 52 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 21 y 134). 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 20 de diciembre de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 200), el cual se hizo efectivo el 1º de febrero del año 2.000, según historial de vinculaciones de folio 201.

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, 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. 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. 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).

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.

Igualmente comparte la Sala la consideración del Juez en cuanto a 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 confirma la decisión analizada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de agosto de 2020.

SEGUNDO: 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: HERICINDA AREVALO ROMERO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 033 2018 00329 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 32 2019 00121 01
DEMANDANTE: HERNÁN ALFREDO RAMOS CÁRDENAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, 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 interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 05 de marzo de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual realizada el 1° de noviembre de 1994. Subsidiariamente, declarar la ineficacia o invalidez del traslado. En consecuencia, se condene a las demandadas a anular el registro de afiliación en sus bases de datos. Se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual con inclusión de la totalidad de los rendimientos financieros y valor cotizado por el Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Disponer a Colpensiones a reactivar sin solución de continuidad la afiliación, registrar en la historia laboral las cotizaciones transferidas por la AFP. 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 1º de noviembre de 1958 y cotizó 494.43 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de febrero de 1977. Expuso que el 1º de noviembre de 1994 se trasladó a la AFP Porvenir, a la cual se encuentra aún afiliado y ha cotizado 608 semanas.

Adujo que al momento del traslado no le informaron sobre los requisitos exigidos para acceder a la pensión pese a que le faltaban 9 años y 10 meses para cumplir el requisito de semanas que exigía la Ley 100 de 1993 en régimen de prima media con prestación definida, tampoco le realizaron proyección pensional, ni le proporcionaron información completa y veraz, omitieron advertirle sobre las consecuencias desfavorables de su decisión, por lo que firmó el formulario de afiliación sin que mediara consentimiento informado.

Narró que la AFP el 21 de septiembre de 2017 le informó que su pensión con dicha administradora a los 62 años será de \$2.954.700 y a la misma edad en Colpensiones ascendería a \$5.666.100. Que reclamó administrativamente ante Colpensiones el 12 de diciembre de 2018, la cual fue negada (f.º 3 a 22).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra Frente a los hechos, aceptó lo relacionado con las fechas de nacimiento y de traslado del demandante, el número de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, la afiliación actual a la AFP y reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; la buena fe, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, la compensación, la prescripción, y las demás declarables oficiosamente (f.º 60 a 72).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de traslado, la actual afiliación a la AFP, el número de semanas cotizadas. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones de la demanda, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y las demás declarables oficiosamente (f.º 87 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 05 de marzo de 2020, declaró probadas las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad formulada por Colpensiones y la excepción de debida asesoría propuesta por AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y la condenó en costas (f.º 125 y 126).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. demostró que sus asesores brindaron a la demandante la asesoría necesaria para trasladarse de régimen pensional de manera informada, precisó que para la época en que se dio el cambio la ley no imponía la obligación de realizar proyecciones pensionales

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que no es cierto como concluyó el juez que la AFP brindó la información suficiente y necesaria previa al traslado de régimen, dado que la administradora en ningún momento informó las características para acceder a pensión en régimen de prima media con prestación definida, el número de semanas o la tasa de remplazo, pues lo

único que le pusieron de presente fueron las bondades del régimen de ahorro individual con solidaridad sin indicarle cuáles eran sus desventajas, como que su mesada sería inferior a la que el ISS le hubiera reconocido.

Alegó que la ley desde la creación de los fondos impuso la obligación de informar adecuadamente a sus posibles afiliados, precisó que de esta obligación no se relevó la AFP por el hecho de que al accionante le faltaran más de 20 años para llegar a la edad de pensión.

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 el actor o si tal como concluyó el *a quo*, en el presente caso la AFP proporcionó al demandante la información que la ley exigía para el momento en el que se dio el traslado.

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 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 el promotor del juicio nació el 28 de noviembre de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y 468.69 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 23, 24 y 75). 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 10 de octubre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 103). El que se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1994, según historial de vinculaciones de folio 95.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad porque las asesoras del fondo privado visitaron la empresa en que laboraba y en reuniones grupales de 4 o 5 personas les contaron cuales eran los beneficios y las virtudes del cambio, tales como, que el ahorro era heredable por su esposa y sus hijos en caso que falleciera, que se contrataba una póliza que brindaba protección mientras estuviera afiliado, que tendría derecho a bono pensional correspondiente a los aportes realizados antes del año 1994, le informaron sobre los aportes voluntarios, pero precisó que nunca hizo uno, que eventualmente y si tenía el capital necesario podría acceder a pensión anticipada. Reveló que le hicieron un cuadro comparativo de los beneficios del ISS y el fondo privado, pero no le

hicieron una proyección económica que le permitiera tomar la decisión de lo que más le convenía; no le dijeron que su pensión sería \$3.000.000 menos de las que le correspondería en Colpensiones. Confesó que firmó de manera libre y voluntaria el formulario, señaló al punto que no recuerda el formato exactamente y que no lo leyó. Aseguró que durante un tiempo le llegaron extractos de Porvenir S.A, sin embargo, dejó de recibirlos. Refirió que gracias a las conversaciones con sus amigos y a la solicitud que hizo personalmente ante el AFP, fue cuando evidenció la diferencia en el monto de la pensión.

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.

En este caso, las pruebas allegadas al plenario no permiten verificar una información objetiva, necesaria y transparente, como quiera que todo lo dado a conocer al actor gravitó sobre el propio régimen privado, lo cual constituye una ilustración parcializada frente al cambio de régimen. De igual forma, no puede pasar desapercibido que las proyecciones dadas al promotor del juicio se dieron después del límite temporal que por ley tenía para retornar a prima media.

Ninguna confesión se colige del escrito de demanda y el interrogatorio de parte 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 las reglas sentadas por la H. Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, por cuanto 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 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.

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 el actor. 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 AFP Porvenir 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 05 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos 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 la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: 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.

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

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la AFP Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
abstención de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HERNAN ALFREDO RAMOS CARDENAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 032 2019 00121 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 30 2018 00687 01
DEMANDANTE: VILMA GÓMEZ MOLINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, 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 interpuso la demandada AFP Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de enero 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., y que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos. 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 18 de noviembre de 1961 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 28 d enero de 1980. Refirió que el 10 de julio de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, dado las indicaciones del ejecutivo de cuenta,

sin una adecuada asesoría pensional que le permitiera evidenciar los efectos negativos que le generaba el cambio de régimen.

Indicó que cuenta con 1.736 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, de las cuales 704 fueron cotizadas al Instituto de Seguros Sociales. Señaló que antes de cumplir 47 años no recibió ninguna asesoría respecto de la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Expuso que el 24 de mayo de 2018 solicitó a la AFP Porvenir S.A. información acerca del valor de su mesada pensional, la cual fue contestada indicándole que a los 57 años la mesada ascendería a \$1.540.300, es decir, una suma inferior a \$3.209.037 que sería la mesada en prima media. El 20 de junio de 2018, mediante derecho de petición requirió a Colpensiones el traslado de régimen, la cual fue negada por encontrarse a menos de 10 años para acceder a la edad de pensión. Además, el 21 de septiembre imploró a la misma entidad la nulidad del traslado (f.º 55 a 85).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y manifestó no constarle los demás. 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 91 a 98).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de traslado de régimen, el número de semanas cotizadas, la reclamación presentada a la AFP y la respuesta dada por esta. Respecto de los restantes, adujo no ser ciertos o no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, la falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a la

AFP, la inexistencia del perjuicio alegado, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 109 a 125).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de enero de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 10 de julio de 1998 y la dispuso como válidamente vinculada a Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados y los costos cobrados por gastos de administración. A Colpensiones la ordenó actualizar la historia laboral, una vez la AFP realice el traslado de los recursos. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada AFP Porvenir S.A. (f.º 159 a 160).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró haber brindado a la demandante información veraz y oportuna. Advirtió que, aunque la misma es trabajadora del fondo de pensiones demandado no se probó que haya obtenido la información de la forma en que operan los fondos de pensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que, si bien la Corte Suprema de Justicia ha señalado que en los casos de ineficacia del traslado se invierte la carga de la prueba, ello sólo ha sido considerado en relación con los beneficiarios del régimen de transición. Situación que no se configura en el presente asunto por lo que a la demandante le corresponde probar la configuración de algún vicio del consentimiento, lo cual no ocurrió, tampoco que la administradora hubiera ejercido fuerza o actuado con dolo.

Arguyó que la actora es firmó de manera libre y voluntaria el formato de afiliación, lo que demuestra la asesoría brindada. Precisó que la demandante al absolver el interrogatorio de parte confesó que conocía el

funcionamiento del RAIS, lo cual no puede perderse de vista, pues ha trabajado 22 años con Horizonte y Porvenir en varios cargos desde los cuales ha tenido la oportunidad de conocer el funcionamiento de la compañía, por lo que no puede entenderse que su consentimiento fue viciado y no hubo claridad en la información. Indicó que cuando se produjo el traslado le faltaban más de 19 años para acceder a la pensión, por tanto, el fondo no faltó a la verdad cuando le dijo que su situación pensional no se modificaría.

De otro lado, manifestó que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, además que los afiliados al sistema de seguridad social y al financiero también tienen obligaciones y, en el caso de la accionante, se denota su actuar negligente, pues, ha trabajado 22 años para el fondo de pensiones, de lo cual se colige el conocimiento de todos los canales de información, también tuvo acceso a las oficinas y a los asesores especializados que le podían informar sobre su situación pensional, sin embargo, fue indiferente frente a su situación pensional por largos años, situación que no debe ser avalada por la justicia.

Solicitó revocar la sentencia en cuanto se condenó a la AFP a devolver los gastos de administración debidamente indexados, pues la comisión de administración se descuenta en los dos regímenes, así hubiera permanecido la demandante en prima media.

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 historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía, que la promotora del juicio nació el 18 de noviembre de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 694.79 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 3 y 4). 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 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte (f.º 130), el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1998, según historial de vinculaciones de folio 129.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que es ingeniera de sistemas, confesó que trabaja al servicio de la AFP Porvenir S.A. desde hace 22 años, muchos de ellos, en el área de tecnología y actualmente se ocupa de revisar proyectos de cara a mejorar la compañía y que sea la número uno en el mercado. Dijo que, al vincularse laboralmente a la AFP Horizonte, como requisito de fidelidad al empleador, por solicitud de la persona de recursos humanos debió suscribir formulario de afiliación a dicha entidad, además porque le indicaron que la decisión no tenía ninguna implicación en su futuro pensional y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, pero precisó que no recibió información de ningún asesor del fondo.

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 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 el mismo sentido, el solo hecho que la promotora labore desde hace 22 años al servicio de la demandada, no presuponen el funcionamiento o características del régimen de ahorro individual, como tampoco las condiciones para acceder a la pensión, pues, se ha desempeñado en el área de tecnología, en el marco de tareas o funciones que en nada se relacionan con el reconocimiento o liquidación de pensiones en el RAIS.

Con todo, no puede pasarse por alto que para el 10 de julio de 1998, momento en que la accionante suscribió el formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías, ya contaba con 900.71 semanas cotizadas, es decir, que, conforme a las normas legales vigentes para esa época, estaba a dos años de completar las semanas requeridas para acceder a la pensión. No obstante, se produjo su traslado sin que mediara asesoría alguna, pues el formulario de vinculación se diligenció por solicitud del área de Recursos Humanos según consta a folio 130. Es decir, que la AFP no informó a la accionante a través de ningún asesor las implicaciones de su traslado.

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 atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni 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

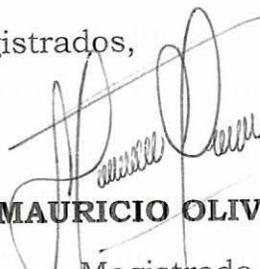
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 27 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional 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

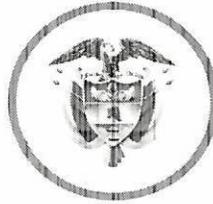
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00398 01
DEMANDANTE: LUCY MARGOTH DE LA OSSA PINEDA
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 178, 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 180 a 194).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará la decisión en 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 con la AFP Porvenir S.A. realizada el 1º de abril del año 2.000. Asimismo, que le

fueron causados perjuicios por haberse pretermitido el deber legal de brindar información. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual incluidos los costos administrativos, intereses y rendimientos. Se condene a Colpensiones a admitir su retorno. Se condene a las demandadas pagar las costas del proceso. Subsidiariamente, solicita que se condene a la demandada AFP Porvenir S.A. a pagarle perjuicios.

En respaldo de sus pretensiones, narró que en abril de 1995 se afilió al Instituto de Seguros Sociales y que el 18 de febrero del año 2.000, el representante de la AFP Porvenir la abordó y le indicó que si se trasladaba de régimen tendría una mesada pensional más favorable, n menor tiempo, esto se lo explicó de manera vaga y de forma verbal sin que quedará documento alguno de constancia de la asesoría en la AFP.

Adujo que durante todo el tiempo en que ha estado afiliada a la AFP no ha recibido información ni asesoría por parte de la administradora, la cual no le informó que una vez cumplidos los 47 años de edad ya no podría trasladarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Expuso que cuenta con 1.219 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y según proyección pensional realizada por la AFP el 25 de abril de 2019 su mesada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad será equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que Colpensiones sería de \$1.342.372, que implicaría la generación de un perjuicio en modalidad de lucro cesante. Finalmente, dijo que el 22 de abril de 2019 solicitó a Colpensiones la anulación del traslado y recibió respuesta negativa (f.º 48 a 62).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Colpensiones se opuso Al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la reclamación administrativa con sus respuestas. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad,

inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la causal de nulidad alegada- y las demás declarables de oficio (f.º 68 a 79).

Al contestar Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió los relacionados con la edad de la demandante, el número de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones. En relación con los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarles. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, la inexistencia de la obligación a cargo de la AFP, el cobro de lo no debido, la compensación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 49 a 57).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado a través de la AFP Porvenir el 18 de febrero del año 2.000. Declaró para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Ordenó a Porvenir transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración para lo cual concedió un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 162 a 165).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de informar a la demandante las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que en línea con lo expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia debe ser revocada porque la demandante se vinculó a la AFP mediante la firma de formulario de afiliación, documento que no fue tachado ni desconocido y era el único requisito que disponía la ley para la época, al cual no se le puede restar valor probatorio con base en el contenido de una sentencia que es aplicada de manera automática sin tener en cuenta el caso de la demandante.

Alegó que para la época en que se realizó el traslado no existía una obligación de dejar una constancia de la asesoría, obligación que surgió 25 años después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo cual rompe con el principio de la seguridad jurídica. Arguyó que la sentencia toma en consideración el dicho de la demandante en cuanto manifiesta que no recibió asesoría, pero olvida que ella indicó que no tuvo tiempo por lo cual delegó a un tercero para atenderla, con lo cual se evidencia que la demandante fue negligente en el momento de su traslado.

Manifestó que como abogada debe saber que documentos firma, que se estipula y las consecuencias, lo cual no puede alegar después de 20 años que ella nunca conoció sobre las condiciones pensionales. Discutió que hay una falta de congruencia en la sentencia porque se condena a Porvenir a que pague gastos de administración sin que en la parte considerativa se hubiera dicho el por qué y, en todo caso, tal condena debe ser revocada, pues la accionante durante la vinculación a Porvenir ha estado cubierta para los riesgos de invalidez, vejez y muerte y estos dineros se pagaron a entidades aseguradoras.

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 *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 octubre de 1960,

por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y no había realizado ninguna cotización al Instituto de Seguros Sociales, en la que empezó a cotizar el 1º de abril de 1995 (f.º 3 y 80). 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 18 de febrero del año 2.000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 100), el cual se hizo efectivo el 1º de abril del 2.000, según historial de vinculaciones de folio 99.

Al absolver interrogatorio de parte de la demandante, manifestó que para la época en que se dio el traslado de régimen era abogada y no tenía claridad de los regímenes pensionales. Dijo que la persona que atendió al asesor de la AFP y recibió la asesoría fue su secretaria, además que si firmó el formulario fue porque lo debió leer y señaló que accedió al traslado porque era el “boom” del momento. Reveló que los extractos le llegan a la empresa y que al participar en reuniones sociales el contador de la empresa le dijo que no le servía estar afiliada a Porvenir, por lo que se dirigió a la AFP en donde le dijeron que su pensión iba a ser de \$800.000.

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 en el presente asunto la AFP ni siquiera le proporcionó alguna información a la futura afiliada sino a su secretaria, situación que no es propia de un proceso de vinculación idóneo en el cual se proporcione al solicitante 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, 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. Por lo que la sentencia será confirmada 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 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 la sentencia proferida el 13 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintinueve 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 29.2019.398-01.
Actuación de 28.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUCY MARGOTH DE LA OSSA PINEDA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 029 2019 00398 01

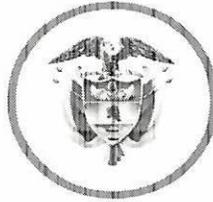
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 28 2019 00167 01
DEMANDANTE: MARÍA YOLANDA VELASQUEZ LIZCANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 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).

Conforme al memorial de folio 284, 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 286 a 299).

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 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 del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., igualmente, que las AFP Porvenir, Protección y Colfondos incurrieron en omisión del deber de información y que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes cotizados en la cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a aceptar el traslado y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 4 de agosto de 1986 se vinculó al Instituto de Seguros Sociales en la que aportó 556.57 semanas y se afilió a la AFP Horizonte el 11 de diciembre de 1998, encontrándose afiliada a Colfondos S.A. Adujo que el asesor no le informó las ventajas, desventajas y características de cada régimen pensional, además indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que se podría pensionar a cualquier edad sin precisar la implicación que ello tendría sobre su mesada pensional, tampoco que sólo podría regresar a Colpensiones antes de cumplir 47 años de edad.

Refirió que actualmente cuenta con 1500 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y que el 10 de julio de 2018 radicó formulario de afiliación ante Colpensiones, la cual fue negada ya que estaba a menos de 10 años de cumplir el requisito para pensionarse. El 24 de julio de la misma anualidad solicitó a la AFP Porvenir S.A la anulación de la afiliación que también fue negada al no contar con elementos de juicio para acceder a ello (f.º 3 a 19).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de vinculación al Instituto de Seguros Sociales y la de reclamación administrativa, así como la respuesta negativa. Manifestó no constarle los restantes. En defensa, de sus intereses propuso las excepciones de buena

fe, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia del derecho para regresar a régimen de prima media con prestación definida, la prescripción y caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia del pago de costas en entidades de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 117 a 127).

Al contestar el libelo introductorio la AFP Colfondos se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de afiliación a prima media y la pertenencia actual a esta AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, presentó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuesto legales para ser merecedora de un traslado al régimen de prima media con prestación definida, la buena fe, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; la compensación, el pago, la obligación a cargo exclusivamente de un tercero; nadie puede ir en contra de sus propios actos, la petición antes de tiempo y la ausencia de vicios de consentimiento (f.º 141 a 155).

Por su parte la AFP Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones incoadas en su contra. Respecto de los hechos, admitió la fecha de afiliación a la AFP Horizonte. Frente a los restantes, adujo no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso 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, enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 182 a 190).

Finalmente, la AFP Protección S.A. también se opuso a los pedimentos de la demanda. Respecto de los hechos señaló que ninguno de ellos le consta. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, la buena fe,

prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema de pensiones y las demás declarables de oficio (f.º 2012 a 223)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de febrero de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a AFP Colfondos S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas Colpensiones, AFP Protección S.A y AFP Porvenir S.A (f.º 266 y 267).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. no logró demostrar que suministró a la accionante una información clara, precisa y detallada sobre las ventajas y desventajas que implicaban el cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones implora la revocatoria de la sentencia en aras de proteger la estabilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida en aplicación al Acto Legislativo 01 de 2005.

La AFP Porvenir S.A. por su parte suplica que la sentencia sea revocada, incluida la condena en costas porque la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad es totalmente

válida, pues como confesó al absolver el interrogatorio de parte, ella firmó de manera voluntaria el formulario. Además, su permanencia por más de 20 años en el régimen y sus varios traslados ratificaron su decisión de pertenecer al régimen de ahorro individual.

Expuso que los deberes de las AFP han cambiado a lo largo del tiempo y solo hasta hace poco se implementó la obligación de proporcionar proyecciones pensionales y doble asesoría. Por tanto, resultaba inoficioso realizar la proyección al momento del traslado. Manifestó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, por tanto, no se le causó ningún perjuicio y la AFP no tenía la obligación de informarle sobre la pérdida de beneficios.

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 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 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

Conforme a simulación pensional realizada por AFP Porvenir S.A., la promotora del juicio nació el 3 de junio de 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 316.69 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 20 y 75). Así las cosas, la actora no es beneficiaria 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 11 de diciembre de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (f.º 74). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada con la AFP Horizonte S.A. desde el 1º de febrero de 1999 hasta el 29 de febrero del 2.000; a la AFP Protección S.A. desde el 1º de marzo de 2.000 al 30 de abril de 2.009 y a partir del 1º de mayo de 2009 en adelante se encuentra afiliada a la AFP Colfondos S.A. (f.º 161).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que cuando prestaba sus servicios a Bancolombia, un asesor la abordó en dos

oportunidades y a la tercera le comentó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que podía pensionarse anticipadamente, tener una mejor mesada y retirar los dineros cuando quisiera. Dijo que se trasladó a la AFP Colfondos en la que le prometieron lo mismo, pero además le ofrecieron una asesoría personalizada. Que nunca le explicaron que su pensión dependería del capital ahorrado en la cuenta individual y no efectuó averiguaciones porque confió en lo que los asesores le indicaron.

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 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 las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la promotora, 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.

Estima la Sala que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. y a la AFP Porvenir S.A. 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 modifica la decisión de primera instancia, para en su lugar, 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 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.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso, como quiera que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, y en el presente asunto la AFP resultó condenada.

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 sentencia 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 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante el 11 de diciembre de 1998 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada para condenar a las AFP Protección S.A. y Porvenir 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.

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 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 *relacion de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA YOLANDA VELASQUEZ LIZCANO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 028 2019 00167 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 28 2018 00190 01
DEMANDANTE: LUCY LASCARRO ORTEGA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, 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 181, 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 185 a 198).

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 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 a través de la AFP

Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de dineros acreditados en la cuenta de ahorro individual, así como disponer a que Colpensiones reactive la afiliación y actualizar la historia laboral. Igualmente, se concedan los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que en marzo de 1999, cuando prestaba sus servicios personales al Colegio Santa Francisca Romana se hicieron presentes promotores de AFP Porvenir S.A., quienes realizaron una charla general para todos los trabajadores y presentaron el régimen de ahorro individual con solidaridad, en la que les informaron que la pensión era heredable, se podía acceder a la prestación a cualquier edad, existían portafolios de inversión que aumentarían su capital en cuenta de ahorro individual y así obtendrían una mesada superior. Además, señalaron que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería; finalizada la charla los asesores realizaron las afiliaciones mediante formulario que no contiene fecha de diligenciamiento, traslado que en todo caso fue efectivo desde mayo de 1999.

Refirió que en la charla no se realizó un estudio pormenorizado a cada trabajador y no se analizó la conveniencia del traslado. Luego, pasado el tiempo la AFP realizó simulación pensional según la cual la mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad a la edad de 57 años equivaldría a un salario mínimo, mientras que en Colpensiones la prestación sería superior a \$2.460.912. Expuso que reclamó administrativamente ante las demandadas, en la AFP Porvenir S.A. contestó de manera negativa, mientras que Colpensiones no se pronunció (f.º 2 a 18).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la vinculación al Instituto de Seguros Sociales y la fecha de reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa, de sus intereses propuso las excepciones de prescripción y

caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás declarables oficiosamente (f.º 48 a 52).

Al contestar el libelo introductorio la AFP Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió la afiliación a la AFP, la proyección pensional, sus resultados y la reclamación. Frente a los restantes, manifestó no constarle o no ser ciertos. 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 87 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de febrero de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones, frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.º 158 y 159).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no logró demostrar que suministró información al demandante clara, precisa y detallada sobre las ventajas y desventajas que implicaban su cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones imploró la revocatoria de la sentencia con el fin de proteger la estabilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida, por encima de los derechos personales, tal como está previsto en la ley y la jurisprudencia.

La AFP Porvenir S.A. por su parte argumentó que el juzgado fundamentó su decisión en la línea jurisprudencial sentada por la H. Corte Suprema de Justicia, no obstante, no fueron analizados los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión según los cuales los casos analizados por esa Corporación se relacionan con 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.

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 realización de proyecciones pensionales solo vino a surgir en el año 2015, no obstante, en el momento en que la demandante solicitó este servicio la AFP le proporcionó la proyección. Así las cosas, no puede darse aplicación retroactiva a la ley y exigir requisitos adicionales a los vigentes en la época del cambio de régimen.

Arguyó que no es procedente ordenar el traslado de gastos de administración, pues su cobro está previsto en la ley, además la demandante tuvo cobertura en los riesgos de invalidez y muerte. Señaló que la H. Corte Constitucional realizó un análisis de constitucionalidad del régimen y su existencia jurídica que no puede desatenderse.

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 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 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

Conforme a simulación pensional realizada por AFP Porvenir S.A., la promotora del juicio nació el 27 de enero de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 30 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 35 y 38). Así las cosas, la actora no es beneficiaria 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 15 de marzo de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 96), el cual se hizo efectivo el 1º de mayo de 1999 según historial de vinculaciones de folio 97.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que el asesor de Porvenir visitó el colegio en el que laboraba y realizó una charla general en la que se indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar por lo que se quedaría sin pensión. Le expuso que en el fondo privado se generaban rendimientos por lo que la pensión se podía obtener anticipadamente y era heredable. Le advirtieron que la afiliación al fondo era una oportunidad, por lo que luego de la charla pasaron a la cafetería proporcionar los datos personales y suscribir el formulario. Aseguró que no le informaron o asesoraron sobre las características propias de los fondos privados, como la existencia de una cuenta de ahorro individual. Confesó que nunca se acercó al ISS a preguntar o verificar la información porque no desconfió de lo que le informó el promotor.

A solicitud de la parte accionante fue decretado y practicado el testimonio de Circe Márquez Romero, señaló que conoce a la demandante hace 25 años, para el momento en que la demandante realizó el traslado de régimen eran compañeras de trabajo y las dos asistieron a la reunión realizada por el asesor de Porvenir S.A., en la que participaron alrededor de 180 o 190 personas. Aseguró que la charla fue general, no hubo asesoría personalizada. Dijo que los promotores les indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que prácticamente

trasladarse era su única opción, por lo que finalizada la reunión pasaron a la cafetería firmar el documento que ya estaba prácticamente listo.

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 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 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.

Ahora bien, como quiera la Jueza declaró la nulidad, la Sala modifica la decisión de primera instancia, para en su lugar, 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 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 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 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante el 15 de marzo de 1999, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia, 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

adlocución de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUCY LASCARRO ORTEGA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 028 2018 00190 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 26 2019 00518 01
DEMANDANTE: LUCÍA CAROLINA BARBOSA RAMÍREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PTOTECCIÓN 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 demandada AFP protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 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 ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., y 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 a esta última activar la afiliación en pensión. 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 23 de mayo de 1962 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 12 de abril de 1988.

Refirió que en abril de 1998 cuando contaba 473.57 cotizadas, la AFP Colmena, a sabiendas de su promedio salarial, la persuadió para que se vinculara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero no le indicó las desventajas de suscribir el formulario, no le ofreció un escenario comparativo con base en proyecciones, tampoco le puso de presente que su mesada pensional disminuiría en un 54.24% y que la edad de pensión se incrementaría en dos años, menos aún que su bono se redimiría cuando cumpliera 60 años de edad.

Refirió que, en octubre de 2017 contrató una asesoría en la que evidenció que la AFP la perjudicó y, por ello, el 18 de diciembre de 2017 solicitó la ineficacia de la afiliación al RAIS. Igualmente, el 19 de diciembre de la misma anualidad le solicitó a Colpensiones activar su afiliación (f.º 1 a 15).

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, el número total de semanas cotizadas y la reclamación presentada a la entidad. Manifestó no ser ciertos o 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 presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás declarables oficiosamente (f.º 94 a 100).

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, el número de semanas cotizadas y la reclamación, presentada a la AFP. Respecto de los restantes, adujo 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 118 a 124).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de diciembre de 2019, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante en abril de 1998. Condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por Lucía Carolina Barboza Ramírez junto con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a aceptar el traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas y condenó en costas a la demandada AFP Protección S.A. (f.º 175 y 176).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Protección no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que esta tomara una decisión debidamente informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Protección S.A. interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia debe ser revocada en cuanto se ordenó el pago de gastos de administración, pues con arreglo al artículo 1746 del Código Civil, la nulidad pronunciada en sentencia tiene efectos de cosa juzgada y las cosas deben volver al mismo estado en el que se encontraban antes como si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de las restituciones mutuas que deban hacerse los contratantes, por lo que cada uno debe hacerse responsable de la pérdida o deterioro de sus especies. En este orden de ideas, aunque debe entender que el contrato nunca existió, lo cierto es que gracias a la administración de Protección la cuenta individual produjo unos frutos, unos rendimientos, razón por la cual la AFP debe conservar la comisión de administración, pues hizo rentar el patrimonio del afiliado.

Alegó que se configura en cabeza de la demandante un enriquecimiento sin causa al ordenarse la devolución de rendimientos y gastos de 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 abordar también 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 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 de folio 17, que la promotora del juicio nació el 23 de mayo de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 310.14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 106 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición ni 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 21 de abril de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena (f.º 125), el cual se hizo efectivo el 1º de junio de 1998, según historial de vinculaciones de folio 145.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en las instalaciones del empleador para el cual laboraba en 1998 se hicieron presentes asesores de la AFP, quienes hicieron reuniones aproximadamente de 30 a 50 personas y les informaron que en el fondo privado la mesada pensional sería tres veces mayor a la que le otorgaría el Instituto de Seguros Sociales, razón por la cual ella salió y firmó el formulario con otro asesor que estaba afuera en un escritorio y quien ya tenía diligenciada la forma, quien además reiteró lo relacionado con el moneo de la prestación.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección 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, ni del 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. 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 recordó 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).

Adicionalmente, se declarará 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 3 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintiséis 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 RIOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

adornación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUCÍA CAROLINA BARBOSA RAMIREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00518 01

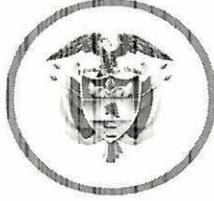
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 23 2019 00010 01
DEMANDANTE: MARIELA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, 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 interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de enero 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. realizada el 17 de abril de 1995. En consecuencia, se retrotraigan las cosas al estado anterior y se condene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado. Además, de los 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 24 de mayo de 1964 y el 17 de abril de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, pero dicha afiliación presenta inconsistencias dado que el formulario no registra firma del empleador. Que a la entrada en vigencia

de la Ley 100 de 1993, era empleada pública del orden municipal, por lo que no se cumplieron los tiempos establecidos en las normas para efectuar el cambio de régimen.

Adujo que el asesor comercial de la AFP Horizonte no le explicó las características, ventaja y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, no le realizó un comparativo ni proyección, por el contrario, le ofrecieron mejores condiciones para pensionarse. Refirió que la AFP Porvenir S.A., realizó proyección pensional según la cual su mesada pensional sin volver a cotizar ascendería a \$781.242 a los 57 años, entre tanto, en el régimen de prima media la mesada correspondería a \$3.061.515 a la misma edad. Indicó que cuenta 1.473 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y reclamó administrativamente ante Colpensiones el 2 de mayo de 2018, si recibir respuesta (f.º 2 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó únicamente el relacionado con el natalicio de la demandante. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la buena fe, la inexistencia de intereses moratorios e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 52 a 60).

Al contestar la AFP Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto de los hechos, admitió las fechas de nacimiento, la de afiliación a la AFP y lo relacionado con el número de semanas cotizadas. Frente a los restantes, adujo no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones, planteó 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 84 a 90).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de enero de 2020, declaró ineficaz la afiliación o traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A y condenó a la AFP a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de las aseguradoras, con todos los rendimientos e intereses sin lugar a descuento alguno por administración ni cualquier otro concepto. Declaró que la demandante siempre ha estado afiliada a y no estimó probadas la excepciones y condenó en costas a AFP Porvenir S.A. (f.º 123 y 124).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no logró demostrar que brindó información necesaria y relevante a la demandante para que tomara una decisión informada de trasladarse de régimen en los términos que han sido fijados por la H. Corte Suprema de Justicia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la demandante se trasladó de manera libre, espontánea y voluntaria, en uso de su libre albedrío, además se encuentra demostrado que no hizo ejerció el derecho de retracto para dejar sin efecto su afiliación.

Expuso que la demandante para el momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad no contaba con expectativas legítimas que merecieran particular protección, pues solo había cotizado 145.86 semanas y le faltaban más de 25 años para el reconocimiento de la pensión. En consecuencia, no es beneficiaria de la transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y además se encuentra incurso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003. Arguyó que la

demandante no demostró la configuración de ningún vicio del consentimiento.

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 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 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 24 de mayo de 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años de edad y 140.57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 10 y 68). Así las cosas, la actora no es beneficiaria 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 17 de abril de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte (f.º 11), el cual se hizo efectivo el 1º de mayo de 1995, AFP en la que permaneció hasta que se produjo el traslado automático a la AFP Porvenir S.A, según historial de vinculaciones de folio 109.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que el 17 de abril de 1995 al posesionarse como Auxiliar Judicial Grado 1 en la ciudad de Tunja, estaban varios asesores de Horizonte y les propusieron junto a 25 nuevos funcionarios trasladarse a esta AFP. Preciso que firmó el voluntariamente el formulario sin leerlo y lo hizo porque le dijeron que podía pensionarse anticipadamente con mayor valor de mesada y otra serie de beneficios. Aseguró que hace como 8 años se acercó al fondo para que le dieran información y le dijeron que se pensionaría con un salario mínimo y no hizo ninguna gestión para trasladarse porque no sabía cómo. Refirió que cuando fue a Colpensiones ya se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión por lo que no pudo trasladarse.

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 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 recordó 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 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).

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 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 la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Veintitrés 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
delocacion de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARIELA RODRIGUEZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 023 2019 00010 01

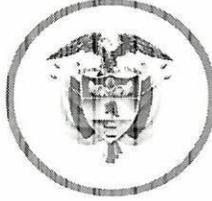
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 21 2019 00098 01
DEMANDANTE: MARÍA NILSA SIERRA PATIÑO
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 interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de febrero de 2020.

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 la AFP a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual constituido por ahorro y rendimientos. Condenar a Colpensiones a aceptar la afiliación y a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 3 de marzo de 1969 y el 27 de julio de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra vinculada en la actualidad. No obstante, la AFP no le informó sobre las ventajas y desventajas de su decisión. Señaló que el 25 de julio de 2018, presentó solicitud de traslado, la cual fue negada, además que el 31 de

julio de 2018 reclamó ante Colpensiones el cambio de régimen, entidad que rechazó en la misma fecha la solicitud (f.º 1 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento, de afiliación a Porvenir; la de la reclamación y la respuesta dada a la petición presentada a AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos. 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 oficiosamente (f.º 32 a 43).

La AFP Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación y las demás declarables de oficio (f.º 80 a 99).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de febrero de 2020, declaró probada la excepción denominada inexistencia de la obligación propuesta por las demandadas. En consecuencia, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas por la demandante a quien condenó en costas (f.º 131).

Como sustento de su decisión, señaló que al no haber comparecido la demandante a la audiencia de conciliación se determinó que se presumían como ciertos los hechos de la contestación de la demanda relacionados con que la demandante firmó de manera libre y voluntaria el formulario y que conocía las implicaciones de su decisión. Tal presunción no fue desvirtuada como quiera que al absolver interrogatorio de parte, la accionante respondió de manera confusa, primero que no había firmado el documento, luego que si, en todo caso no desconoció dicho documento y al

ser cuestionada sobre la información que le había brindado la AFP, contestó de manera evasiva no recordar nada sobre el asunto.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación al argumentar que como consecuencia de la inasistencia de la actora a la audiencia de conciliación se dieron por ciertos hechos en los que se decía que era consciente de las implicaciones del traslado a la AFP Horizonte, sin embargo, no se probó que promotora del juicio haya recibido asesoría y aunque en el interrogatorio manifestó no acordarse, esta respuesta no puede tenerse como evasiva.

Solicitó dar aplicación los artículos 43 y 48 de la Constitución Nacional referentes a los principios mínimos fundamentales y del derecho a la seguridad social. Alegó que la afiliación se dio en 1998, mediante un contrato proforma que se hizo a través de un mensajero, con lo cual se evidencia que la AFP no brindó información necesaria para realizar el traslado.

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 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 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 3 de marzo de 1969, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 25 años y 18.57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 15, 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 27 de julio de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte (f.º 100), el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1998, según historial de vinculaciones de folio 123.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que es ama de casa, no puede trabajar por cuestiones de salud. Indicó que diligenció el formulario de afiliación en el año 1998, pero explicó que no fue asesorada, no sabe cómo resultó afiliada, en principio ni se dio cuenta, luego en atención a que su salud ha desmejorado se acercó al averiguar sobre su pensión.

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 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).

Se considera que la sola presunción por la inasistencia a la respectiva audiencia conciliación no conduce a tener por demostrado que la demandante fue efectivamente ilustrada sobre las condiciones de cambio de régimen, que es en últimas lo que se debe verificar en cada caso. Carga de la prueba que se insiste está cabeza del fondo pensional y no puede ser trasladado a la afiliada, según las reglas sentadas por la H. Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, es 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.

Así las cosas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, 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 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 este fondo pensional 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).

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.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la AFP Porvenir 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 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiuno 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 Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

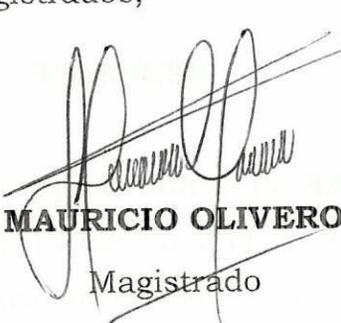
CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo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

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

SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la AFP Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

adlocución de vta.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA NILSA SIERRA PATIÑO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 021 2019 00098 01

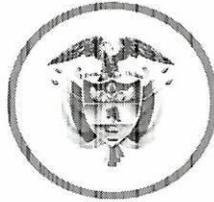
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 21 2019 00047 01
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA SAZA FARIETTA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. 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 258, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.992 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 116 a 118).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 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 e ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy AFP Protección S.A., y la afiliación a la AFP Porvenir S.A. Que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y /o títulos pensionales a que hubiere lugar y, a esta última, a activar la afiliación en pensión y recibir el traslado de recursos. Se disponga el reconocimiento de los demás derechos a 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 septiembre de 1965 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de abril de 1992. Refirió que el 23 de abril de 1995, cuando contaba con 30 años se trasladó de régimen pensional y el 30 de enero de 2004 se cambió a la AFP Porvenir S.A., en la que se encuentra vinculada en la actualidad.

Señaló que a su lugar de trabajo se presentaron asesores de la AFP Colmena, hoy AFP Protección S.A. quienes le aseguraron que el Instituto de Seguros Sociales tenía graves problemas financieros y permanecer allí comportaba un riesgo para sus aportes pensionales. Además, le informaron que su pensión sería superior, pero no le indicaron las características de cada uno de los regímenes pensionales, las consecuencias del traslado, no le realizaron proyecciones que le permitieran tomar una decisión informada y menos le dijeron que podía retractarse de su decisión o cambiar de régimen nuevamente antes de cumplir 47 años.

Expuso que su ingreso base de cotización es de \$7.332.494, sin embargo, en agosto de 2018 la AFP Porvenir S.A. le informó que su mesada pensional sería de \$1.641.400 al cumplir 57 años de edad. Que, de conformidad con la proyección realizada por ADECCO S.A.S., la prestación en el régimen de prima media con prestación definida ascendería a \$4.521.938. Ante tal diferencia, el 20 de septiembre de 2018 solicitó a los

fondos privados la anulación de su afiliación y a Colpensiones la activación de su afiliación por haber existido vicio en el consentimiento, las cuales fueron negadas (f.º 1 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento, de vinculación al Instituto de Seguros Sociales y de afiliación a Colmena; también aceptó la afiliación a Porvenir S.A., las peticiones presentadas a las entidades y las respuestas obtenidas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de la inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 86 a 99).

Al contestar la AFP Protección S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, admitió el natalicio de la actora, la afiliación a la AFP Colmena, la solicitud de nulidad presentada a la entidad y la respuesta negativa que esta emitió. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia de capital acumulado en la cuenta del demandante en la AFP Protección S.A.; declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP; la buena fe, la inexistencia de perjuicios, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la ineficacia del traslado; la teoría de las prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse puesta de presente por la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia con Radicado n.º 31989 del 9 de septiembre de 2008; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional; la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 160 a 168).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. también se opuso a las peticiones de la demanda. En torno a los hechos aceptó que actualmente administra la cuenta de ahorro individual pensional de la demandante y sobre los restantes manifestó no constarles o no ser ciertos. En defensa de sus

intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 187 a 210)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de marzo de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 23 de noviembre de 1995, efectiva a partir del 1º de diciembre de 1995 a través de la AFP Colmena. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales junto con los frutos e intereses sin lugar a descuentos por concepto de gastos de administración, para lo cual concedió un mes. Asimismo, dispuso a la AFP Protección S.A. a trasladar en el término de un mes, los fondos de la cuenta de ahorro individual de la demandante correspondientes a gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a activar la afiliación de la accionante y costas a la AFP Protección S.A. (f.º 250 y 251).

Como sustento de su decisión, señaló que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de la debida ilustración acerca de las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y consecuencias del traslado. Estimó que la AFP Protección no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que esta tomara la decisión. Señaló que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia las administradoras están en la obligación de devolver con cargo a sus propios recursos los gastos de administración, pues los mismos debieron haber ingresado régimen de prima media con prestación definida. Consideró que en asuntos como este en el que se pretende la ineficacia del traslado con miras a la obtención de derechos pensionales no opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP Protección S.A., solicita la revocatoria de la sentencia en cuanto condenó a esta administradora a trasladar los gastos de administración de la cuenta individual de la demandante, dado que esta comisión es cobrada por las AFP para administrar los recursos que ingresan a la cuenta individual. Precisó que del 16% al que equivale la cotización, la administradora descuenta el 3% para cubrir los gastos de administración y pagar el seguro previsional a la Compañía de Seguros, amparada en las disposiciones que sobre el particular traen la Ley 100 de 1993 y la Ley 797 de 2003. Expuso que la orden impartida genera en cabeza de la promotora un enriquecimiento sin causa, pues recibiría rendimientos por una administración que no pagaría, además, que los rendimientos fueron trasladados a la AFP Porvenir S.A. cuando se hizo el cambio horizontal.

A su turno, la **AFP Porvenir S.A.** arguyó que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, ordenar el traslado de recursos y remitir los gastos cobrados por gastos de administración. Expuso que no existe norma que contemple como consecuencia ante la falta de información la consecuencia jurídica de la ineficacia. Asimismo, que a la demandante le resulta fácil negar que recibió información, pero se dejó de lado que fue su voluntad trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad. Alegó que el formulario de afiliación debe ser tenido como prueba de la información brindada, por tratarse de un documento que no fue tachado o desconocido, y contiene una manifestación de voluntad de afiliada.

Expuso que el acto de traslado es de carácter bilateral y, por ello, comporta obligaciones para las dos partes, que el deber de cuidado también estaba a cargo de la accionante según dispone el Estatuto del Consumidor y el Decreto 2555 de 2010.

Alegó que cuando realiza el traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, únicamente se dispone el envío de los aportes y ejercicios financieros, pero no se incluyen los gastos de administración, por ende, no deben ser devueltos aquí, pues queda en entredicho la seguridad jurídica de la AFP.

Colpensiones por su parte argumentó que el precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia debe ser analizado y aplicado de forma particular, precisó que en el presente caso la demandante no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual no contaba con una expectativa legítima que deba ser protegida y que implique la inversión de la carga de la prueba.

Arguyó que la demandante no demostró la configuración de un vicio del consentimiento, por el contrario, se probó que la accionante firmó de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación en Protección y Porvenir, este último, que es demostrativo de su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Sostuvo que no es dable imponer cargas adicionales a las establecidas en la ley para el momento en que se efectuó el traslado, toda vez que en esa época no debían acreditarse información adicional a la suscripción del formulario de afiliación.

Alegó que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del régimen al no efectuar la demandante aportes, y por ello, se afecta la planeación y distribución de los recursos del sistema 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

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 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 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 la promotora del juicio nació el 17 de septiembre de 1965, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 104.68 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 15 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.

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 noviembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena (f.º 169). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colmena desde el 1º de diciembre de 1995 a 31 de marzo de 2000 y en la AFP ING del 1º de abril de 2.000 al 29 de febrero 2004, cuando ocurrió el traslado automático a la AFP Porvenir S.A. (f.º 173).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que es ingeniera y consultora de sistemas, que cuenta con 55 años de edad y en 1995 recibió en las instalaciones de la empresa donde laboraba una charla con el fondo privado Colmena en la que le dijeron que lo más conveniente era realizar el traslado, pues obtendría una mejor pensión y además porque el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar. No le explicaron nada de la cuenta de ahorro individual, de los aportes voluntarios o la posibilidad de heredar recursos. Señaló que únicamente diligenció los datos personales del formulario y no ejerció el derecho de retracto porque no sabía que el ISS le resultaba más conveniente. Reveló que siempre recibió extractos y que se trasladó a la AFP Porvenir porque a pesar de estar afiliada a Colmena empezó a recibir la información de ING.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección 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. 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 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 analizada será modificada para condenar a la AFP Protección S.A a trasladar a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración en el periodo en que la demandante estuvo vinculada a dicho fondo privado y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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).

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.

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 10 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, para condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar Colpensiones debidamente actualizadas, con cargo a sus propias utilidades, todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

SEGUNDO: ADICIONAR 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 decisión 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 21-2019-00047-01

Adelantación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DIANA PATRICIA SAZA FARIETTA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 021 2019 00047 01

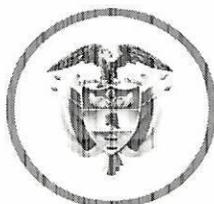
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 35 2018 00654 01
DEMANDANTE: ROSALBA FAJARDO CASTILLO
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 los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 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. realizada en julio del año 2.000. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos, sumas adicionales de la aseguradora, con los rendimientos causados, frutos e intereses. Se disponga a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad, así mismo 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 4 de julio de 1963 y cotizó 376 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de

octubre de 1992. Adujo que para julio del año 2.000 cuando prestaba sus servicios a Agrinal, fue convocada a una reunión en la cafetería de la empresa con los asesores de la AFP Porvenir S.A. quienes no le indicaron que el trasladarse de régimen implicaría para ella la pérdida de beneficios, no le realizaron proyecciones ni estudios de la pensión que recibiría.

Refirió que durante su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad ha cotizado 923 semanas y un total de 1296 semanas al Sistema General de Pensiones. La AFP le realizó simulación pensional según la cual su mesada sería a los 58 años de \$1.258.000, mientras que en Colpensiones sería de \$4.755.709. Narró que el 20 de junio de 2018 solicitó a Porvenir realizar el traslado de régimen y a Colpensiones anular el cambio. La AFP al responder negó la petición y Colpensiones le respondió también de manera negativa (Expediente Virtual f.º 151 a 183 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la fecha de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el número de semanas cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta. En relación con los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital f.º 211 a 221).

Mediante auto del 4 de marzo de 2020 se tuvo por no contestada la demanda por la AFP Porvenir (Expediente digital f.º 333).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 09 de junio de 2020, declaró nulo el traslado efectuado por la demandante y, en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. trasladar a

Colpensiones todos los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos y a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, conforme al tiempo en que permaneció afiliada. Condenó a Colpensiones a afiliarse a la accionante y a recibir todos los aportes efectuados a Porvenir S.A. y condenó a esta última a pagar las costas del proceso (Expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada tenía el deber de demostrar que más allá de brindar una simple información cumplió con su deber de buen consejo, por ende, que explicó a la demandante las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes, sus características y aspectos relevantes para que esta tomara una decisión con pleno convencimiento, como no lo hizo, encontró procedente declarar la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que está prohibido en el artículo 1604 del Código Civil y otras normas, alegar la ignorancia de la ley en los negocios jurídicos, es decir, la configuración de un error de derecho, por lo que se hace necesario probar la existencia de un vicio del consentimiento y la aquí demandante no lo hizo.

De otro lado, indicó que el Decreto 2241 de 2010 determina las obligaciones en cabeza de los afiliados, tales como informarse adecuadamente de los nuevos sistemas de multifondos, aprovechar los mecanismos de divulgación de información, del funcionamiento del sistema general de pensiones y de sus derechos y obligaciones, leer y revisar los términos y condiciones de los formatos de afiliación, así como diligenciar, firmarlos y emplear toda su atención en la toma de decisiones

respecto de la afiliación y traslado entre regímenes o administradoras y la selección de modalidades de pensión. No obstante, la demandante no demostró que hubiese realizado alguna gestión o solicitud de información para verificar las condiciones de su futuro pensional.

Sostuvo que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagra el efecto jurídico que ellas persiguen, en consecuencia, correspondía a la parte actora demostrar la configuración de algún vicio del consentimiento. Adujo que toda la carga probatoria no puede recaer exclusivamente en el fondo sin que los demandantes hagan el menor esfuerzo procesal, pues ello quiebra la lógica de las cargas probatorias.

Argumentó que permitir el traslado al régimen de prima media con prestación definida de un apersona que nunca ha cotizado al mismo y que esta próxima a pensionarse resulta contrario a los preceptos constitucionales de equidad y de eficiencia, el cual consiste en obtener la mejor utilización de los recursos administrativos.

La AFP Porvenir pretende que la sentencia sea revocada, pues si bien la demanda se tuvo por no contestada, en el expediente reposa el formulario de afiliación que se constituye en la constancia de la información dada a la demandante al momento del traslado. Preciso que la afiliación se dio de manera libre y voluntaria. De otro lado, adujo que no es procedente realizar la devolución de los gastos de administración con cargo a los propios recursos de la AFP, ya que esta realizó una gestión que permitió el incremento del capital en la cuenta de ahorro individual y este capital será trasladado a Colpensiones.

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 nulidad 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 4 de julio de 1963, por

lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 67.14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 39, 43 a 45 expediente administrativo). Así las cosas, la actora no demuestra ser beneficiaria 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 22 de mayo del año 2.000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 283 expediente digital). El que se hizo efectivo el 1º de julio del año 2.000 (f.º 279 expediente digital).

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, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, entonces no cuenta la sala con elementos de juicio que le permitan tener por demostrado que la AFP brindó a la demandante 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. 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 confirma la decisión en este punto.

Ahora bien, como quiera el Juez declaró la nulidad y/o ineficacia, la Sala modifica 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 modifica y adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y 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 Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante el 22 de mayo de 2000 del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A.

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
colaboración de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROSALBA FAJARDO CASTILLO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 035 2018 00654 01

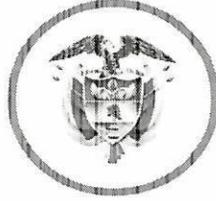
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 29 2018 00310 01
DEMANDANTE: JAIME ALBERTO SALAZAR MEZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS.

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

Conforme al memorial de folio 147, 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 148 a 162).

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Colfondos S.A. realizada el 9 de marzo de 1999. En consecuencia, se retrotraigan las cosas al estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerlo como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso

automático. Se le reconozcan y paguen los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado al régimen de prima media con prestación definida. 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 16 de diciembre de 1957 y el 9 de marzo de 1999 se trasladó a la AFP Colfondos, pero el asesor comercial no le informó sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, lo que hizo fue prometerle mejores condiciones de pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Expuso que Colfondos le realizó proyección pensional según la cual en el fondo privado la mesada sería de \$1.621.282, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$5.487.881. Puso de presente que cuenta con 1763 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Narró que el 25 de enero de 2018 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado, la cual fue contestada de manera negativa (f.º 55 a 63).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el relacionado con la respuesta dada a reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, 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 presunción de legalidad de los actos administrativos, la no configuración del pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y las demás declarables de oficio (f.º 69 a 73).

Al contestar la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, admitió la fecha del traslado a esa AFP y el natalicio del accionante. Sobre los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, formuló las

excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, la 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, la ausencia de vicios del consentimiento; la obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables oficiosamente (f.º 99 a 114).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado a través de la AFP Colfondos el 9 de marzo de 1999. Declaró para todos los efectos legales que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a Colfondos a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual concedió un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 190 a 192).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de informar al demandante las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que en línea con la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

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 *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 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 el promotor del juicio nació el 16 de diciembre de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 748.39 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 3 y 11). 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 09 de marzo de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 5 y 97), el cual se hizo efectivo el 1º de mayo de 1.999, según historial de vinculaciones de folio 96.

Ahora pese a que a solicitud de la demandada AFP Colfondos se decretó el interrogatorio de parte de la demandante, el mismo no se practicó al desistir la AFP de la prueba.

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, 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 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, 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 al fondo de pensiones de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, como quiera que 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). Por lo anterior, la Sala adiciona la decisión en este punto, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó la devolución de gastos de administración.

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).

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.

No se causan costas en la 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 numeral segundo la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Colfondos además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones 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

Admoción de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIME ALBERTO SALAZAR MESA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 029 2018 00310 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