



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2018 00715 01
DEMANDANTE: CARMEN ELVIRA CONTRERAS PABÓN
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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colpensiones a retornar de inmediato a la demandante con los respectivos beneficios. A Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos causados, así como los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de mayo de 1966 y el 3 de mayo de 1994 se vinculó al Instituto de Seguros, que el 29 de diciembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con

solidaridad, mediante formulario que fue diligenciado por funcionario de Colfondos S.A. Refirió que solicitó la nulidad ante la AFP Colfondos y ante Colpensiones, por lo que agotó el trámite administrativo ante las demandadas. (f.º 6 a 27).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la accionante, la de su vinculación al Instituto de Seguros Sociales, la data de traslado de régimen. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa, de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 118 a 142).

Al contestar la AFP Colfondos S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó las fechas de nacimiento y la de afiliación a la AFP, así como las reclamaciones administrativas presentadas. Frente a los restantes hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de vicios en el consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, la prescripción de la acción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 171 a 195).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 09 de marzo de 2020, declaró ineficaz la afiliación y el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el 29 de diciembre del año 1995. Ordenó a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual que deben incluir los rendimientos hasta que se haga efectivo el traslado.

Dispuso a Colpensiones recibir sin solución de continuidad a la demandante y declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f. º 219 y 220).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron a la buena fe y al cumplimiento del deber de información veraz y clara, circunstancia que no acreditó en juicio con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por la demandante.

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 haciendo uso de su libre albedrío, además se encuentra demostrado que no hizo uso del derecho de retracto para dejar sin efecto su afiliación. Expuso que para el momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad no contaba con expectativas legítimas que merecieran particular protección.

Alegó que el traslado contribuye a la descapitalización del régimen de prima media con prestación definida, pues Colpensiones tendrá que asumir el pago de derechos prestacionales de una persona que no contribuyó a dicha entidad

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del

afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 2 de mayo de 1966 (f.º 90), por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y no había realizado aportes al régimen de prima media, pues de conformidad con historia laboral allegada por Colpensiones en CD de folio 142B, su

afiliación al Sistema General de Pensiones se produjo el 3 de mayo de 1993, esto es, con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. 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 29 de diciembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 38), el cual se hizo efectivo el 1º de enero del año 1.996, según historial de vinculaciones de folio 198.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que fue visitada en el hospital donde laboraba por asesores de Colfondos, quienes le manifestaron que venían de la oficina de recursos humanos para realizar el cambio de régimen pensional, le dieron información de 3 a 5 minutos y, por ello, firmó el formulario que había sido diligenciado por uno de los asesores. Preciso que el asesor le indicó que se podía pensionar a la edad que quisiera o retirar el dinero cuando dispusiera. Aseguró que interpuso la presente demanda porque solicitó una proyección pensional que arrojó como resultado que su pensión sería equivalente a un salario mínimo, lo que no concuerda con su salario base de cotización que asciende a 3 salarios mínimos aproximadamente. Confesó que firmó de manera voluntaria el formulario de afiliación, pero presionada por el afán y el sitio en el que se encontraba.

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 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 adicionará el fallo analizado en el sentido de condenar a la AFP Colfondos a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

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

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura 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: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida el 09 de marzo de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Colfondos deberá trasladar a Colpensiones, además, las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Admoción de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARMEN ELVIRA CONTRERAS PABON

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 007 2018 00715 01

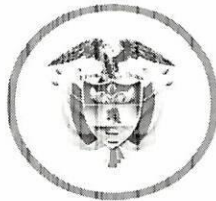
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 07 2018 00375 01
DEMANDANTE: LUZ MYRIAM FONSECA MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTÍAS 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 Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a la AFP Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas y a Colpensiones a aceptar el traslado. Se disponga a las demandadas a reconocer 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 junio de 1961 y el 6 de enero de 1987 se vinculó al Instituto de Seguros, en el que cotizó 247 semanas. Expuso que el 4 de junio de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad dada las recomendaciones del ejecutivo de cuenta de Colfondos S.A., quien le manifestó, que ello no implicaría la pérdida de ningún beneficio y, por el contrario, podría pensionarse antes de la edad requerida con una mesada mayor y tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad.

Narró que el 30 de septiembre de 2009 se trasladó a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías, que regresó a Colfondos el 29 de agosto de 2011, luego, el 25 de agosto de 2015 decidió regresar a Old Mutual, fondo de pensiones al que se encuentra actualmente afiliada con 1.071 semanas al RAIS. Adujo que antes de cumplir los 47 años no recibió asesoría respecto de la posibilidad de trasladarse, por lo que quedó inmersa dentro de la restricción prevista en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión, motivo por el cual además Colpensiones le negó la solicitud de traslado presentada el 10 de octubre de 2016.

Finalmente, indicó que Old Mutual le realizó proyección pensional según la cual la mesada en el régimen de ahorro individual con solidaridad sería de \$2.148.000, mientras que con Colpensiones correspondería a \$5.623.077 (f.º 24 a 35 y 92 a 123 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su vinculación al Instituto de Seguros Sociales, la data de traslado de régimen y la petición presentada a Colpensiones, así como su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de buena fe, el hecho de un tercero, la validez del negocio jurídico, la inexistencia de intereses moratorios e indexación, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 127 a 134).

Al contestar la AFP Old Mutual S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó las fechas de afiliación a la AFP, la afiliación actual a dicha administradora, el número de semanas cotizadas y las peticiones radicada. Frente a los restantes, manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las suplicas, propuso las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 156 a 166).

Por su parte, Colfondos S.A. al dar respuesta también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la promotora, la fecha de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, los traslados realizados entre administradoras y las peticiones elevadas al fondo. En relación con los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para defender sus intereses, planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, la prescripción, la caducidad, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 215 a 242).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 09 de marzo de 2020 declaró ineficaz la afiliación y el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el 4 de junio del año 1996 y, por con siguiente, las afiliaciones posteriores a diferentes administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad. Ordenó a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual que deben incluir los rendimientos hasta que se haga efectivo el traslado. Ordenó a Colpensiones recibir sin solución de continuidad a la demandante. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.º 349 y 340).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus

actuaciones al momento del traslado se ciñeron a la buena fe y al cumplimiento del deber de información veraz y clara, circunstancia que no acreditó en juicio con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones argumentó que la demandante se trasladó de manera libre, espontánea y voluntaria en uso de su libre albedrío, además, se encuentra demostrado que no utilizó el derecho de retracto para dejar sin efecto su afiliación. Expuso que para el momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad no contaba con expectativas legítimas que merecieran particular protección.

Alegó que el traslado contribuye a la descapitalización del Régimen de prima media con prestación definida, pues tendrá que asumir el pago de derechos prestacionales de una persona que no contribuyó a dicha entidad

La AFP Colfondos S.A. por su parte cuestionó que la demandante obró conforme a la autonomía de la voluntad en virtud del consentimiento informado y no logró demostrar la configuración de ningún vicio del consentimiento, además, que el error de derecho no vicia el consentimiento. Adujo que la asesoría brindada por Colfondos estuvo ajustada a la ley vigente para la época, como quiera que la obligación de realizar proyecciones no existía.

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 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 23 de junio de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 374.96 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 36 y 139). 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 04 de junio de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 250). Asimismo, conforme a comunicación emitida por Colfondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a esta AFP desde el 1º de agosto de 1996 al 31 de octubre de 2009; en la AFP Old Mutual del 1º de noviembre de 2.009 al 30 de septiembre de 2011; en la AFP Colfondos desde el 1º de octubre de 2011 al 30 de septiembre de 2015 y en adelante ha estado vinculado a la AFP Old Mutual S.A. (f.º 42 a 45 y 58).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que dos asesores de Colfondos visitaron la empresa en la que laboraba y le hicieron unas charlas grupales de una hora, en la que les indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que la pensión iba a ser igual o superior a la ofrecida por el ISS y podía adelantarse la edad para acceder a la prestación. Aseguró que de su abogado ha obtenido toda la asesoría sobre su futuro pensional y que se trasladó a Skandia porque no volvió a recibir información de Colfondos, así como que le prometieron que verificarían todo lo relacionado con la historia laboral. Refirió no conocer nada acerca de aportes voluntarios, de la posibilidad los recursos en cuenta individual y confesó que diligenció voluntariamente el formulario de afiliación.

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 H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Old Mutual S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante 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 modifica y adiciona la sentencia en este punto, como quiera que el Juez impartió la orden de trasladar el saldo de la cuenta individual a la AFP Colfondos, administradora a la que no se encuentra vinculada actualmente la promotora del juicio.

En el mismo sentido, se precisa que no es posible eximir de a la AFP Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones, con cargo a sus propias utilidades, las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

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

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 atendido 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 segundo de la sentencia proferida el 09 de marzo de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que es la AFP Old Mutual la responsable de trasladar a Colpensiones los valores depositados en la cuenta individual correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada para condenar a la AFP Colfondos a trasladar a Colpensiones, con cargo a sus propias utilidades, las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexada mientras la demandante estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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 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

adopción de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MYRIAM FONSECA MORENO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 007 2018 00375 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 07 2018 00346 01
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA BORDA TORRES
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 interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo 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. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, junto con sus rendimientos, frutos e intereses. Se condene a Colpensiones a recibir el traslado. 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 8 de noviembre de 1960 y desde el año 1981, se vinculó al Instituto de Seguros. Señaló que en año 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. cuyos asesores le informaron que hacerlo le representaría muchas ventajas, porque se pensionaría a la edad que quisiera, con un monto superior de pensión pero, no le explicaron las características propias del ahorro individual, por lo que renunció sin saberlo a la expectativa de una pensión digna acorde al salario. Finalmente, refirió que reclamó administrativamente el 9 de febrero de 2018 (f.º 2 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso Al éxito de las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la accionante, la de su vinculación al Instituto de Seguros Sociales, la data de traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa, de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 40 a 56).

Al contestar la AFP Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos acepto los relacionados con la fecha de nacimiento de la accionante, la expedición de la Ley 100 de 1993 y el traslado de traslado de régimen en virtud de la misma. Frente a los restantes hechos manifestó no constarle o no ser ciertos los mismos. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 72 a 80).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de febrero de 2020, declaró ineficaz la afiliación y el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el 8 de octubre de 1998. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual que deben incluir los rendimientos generados hasta que se haga efectivo el traslado. Ordenó a Colpensiones recibir sin solución de continuidad a la demandante. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f. º 175 y 176).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron a la buena fe y al cumplimiento del deber de información veraz, precisa y clara, circunstancia que no acreditó en juicio, con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por la demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones lo hizo al argumentar que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre, espontánea y voluntaria haciendo uso de su libre albedrío, además se encuentra demostrado que no hizo uso del derecho de retracto para dejar sin efecto su afiliación. Arguyó que conforme al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la demandante no puede trasladarse de régimen.

Alegó que para el momento del traslado de la demandante la única obligación que tenían las AFP era la de suscribir el formulario de afiliación, precisó al punto que si las condiciones del traslado no satisfacen las

expectativas pensionales del afiliado ello no puede devenir en la ineficacia de la afiliación, máxime cuando, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición previsto no tenía una expectativa legítima respecto de su futuro pensional.

Finalmente, argumentó que debe tomarse en consideración la sostenibilidad del sistema, la descapitalización que el fondo común sufriría si personas como la demandante que nunca han cotizado se trasladaran.

Por su parte la AFP Porvenir S.A. sostuvo al apelar que el formulario fue firmado por la demandante de manera libre voluntaria, documento que presenta su firma y no fue tachado ni desconocido además, expresa la voluntad de afiliación de la demandante. Alegó que para la fecha del traslado la demandante no tenía ninguna expectativa pensional por lo que no era procedente realizarle una proyección pensional. Sostuvo que la parte actora 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 abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 8 de noviembre de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años de edad y 156.01 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 10 y 25). 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 8 de octubre de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 13), el cual se hizo efectivo el 1º de diciembre del año 1.998, según historial de vinculaciones de folio 82.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que cuando prestaba sus servicios a la Secretaría de Salud del Distrito, una asesora de Porvenir S.A. de manera individual en dos reuniones de 15 o 20 minutos, le informó que existía la posibilidad de trasladarse al fondo privado en el cual se pensionaría en el tiempo y en el momento en que quisiera porque tenía la libertad de cotizar lo que quisiera, aseguró que la promotora le realizó varias llamadas y la visitó, ocasión en la que la asesora diligenció el formulario con los datos que ella le proporcionó y luego procedió a suscribirlo de manera libre y voluntaria porque creyó en lo que le dijeron. Indicó que nunca le hablaron de aportes voluntarios, tampoco le informaron cómo se capitalizaba la cuenta de ahorro individual. Aseguró que cuando cumplió 55 años se acercó a la AFP y allí le informaron que la pensión sería de \$900.000.

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, 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 y de manera anticipada, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de

información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará el fallo analizado en el sentido de condenar a la AFP Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dichos fondos privados y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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

Paralelamente, se 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, 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 el punto segundo de la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir deberá trasladar a Colpensiones además, las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexados.

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 causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el 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 RIOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Adelaoem de ioto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA BORDA TORRES

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 007 2018 00346 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

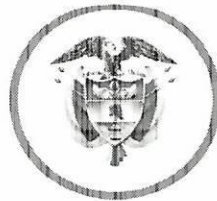
Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

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 04 2018 00707 01
DEMANDANTE: JUAN ROBERTO RODRÍGUEZ SARMIENTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

Conforme al memorial de folio 157, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. EDNA CAROLINA OLARTE MARQUEZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.016.005.949 y T.P. No. 188.735 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS identificada con Cedula de ciudadanía número 52.454.425 y T.P. No. 125.126 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3375 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 158 a 177).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la demandada AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual. En consecuencia,

se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar el saldo en cuenta de ahorro individual sin descontar ninguna suma por concepto de mesadas pensionales, a pagar los perjuicios causados en los términos de los artículos 936 y 1746 del Código Civil y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de junio de 1962 y desde 1986 cotizó al Instituto de Seguros Sociales. Expuso que se vinculó laboralmente a Alpina Productos Alimenticios en agosto de 1996, allí fue visitado por asesores de la AFP quienes adelantaron campañas económicas para obtener afiliados y le indicaron que el traslado de régimen le traería beneficios pensionales, pero no le realizaron proyecciones que le permitieran entender las consecuencias de su decisión (f.º 2 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente los relacionados con la fecha de nacimiento y la empresa a la cual se encontraba vinculado al momento del traslado de régimen. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, la falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal: el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y las demás declarables oficiosamente (f.º 52 a 78).

Mediante auto de 11 de junio de 2019 (f.º 117) el Juzgado dispuso vincular en calidad de litis consorcio necesario por pasiva a Colpensiones, la que, al contestar, se opuso al éxito de las pretensiones, salvo la relacionada con la declaración de nulidad del traslado. En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, la buena fe de Colpensiones, 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 119 a 127).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2020, declaró la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante al régimen de ahorro individual con la AFP Protección S.A. Condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones el saldo existente en cuenta individual con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Asimismo, dispuso a Colpensiones aceptar el traslado y condenó en costas a la AFP (f.º 146 y 147).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Protección S.A no demostró haber brindado suficiente información al demandante en el momento en que se realizó el traslado de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección argumentó que el demandante no puede si quiera establecer a que fondo de pensiones pertenecía, lo que denota un desinterés frente a su futuro pensional. Expuso que las condiciones para pensionarse por invalidez en los dos regímenes son las mismas y, por ello, no es procedente declarar la nulidad simple de traslado.

Por su parte, **Colpensiones** imploró la revocatoria de la sentencia bajo el principio de relatividad de los negocios jurídicos y atención en cuenta que Colpensiones no intervino en el acto del traslado. Alegó que también en atención al principio de sostenibilidad financiera debe ser revocada la sentencia, porque aun en el evento en que el demandante se traslade con todos los recursos en cuenta individual, se produciría un desequilibrio en los recursos de los demás aportantes.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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

De conformidad con la información de historia laboral emitida por Colpensiones se advierte que el promotor del juicio nació el 24 de junio de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 262.43 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 132). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 05 de agosto de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena (f.º 90). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena S.A desde el 1º de octubre de 1996 al 31 de marzo de 2000; en la AFP ING del 1º de abril del 2.000 al 30 de abril de 2008; en la AFP Horizonte a partir del 1º de mayo de 2008 al 31 de diciembre de 2.009; nuevamente en la AFP ING desde el 1º de enero de 2009 al 30 de diciembre de 2012 y desde el 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 94).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó por presión del empleador Alpina y porque en la AFP Santander le prometieron que se pensionaría antes, que si no quería pensionarse le daban el bono pensional. Dijo que lleva 4 años y medio incapacitado y fue calificado inicialmente con una pérdida de capacidad laboral del 38.6% y luego del 43.71%, con el cual no ha podido acceder a la pensión de invalidez.

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

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

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

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la H. Corte Suprema de Justicia. Tampoco por el hecho de que el demandante esté en trámite de la pensión de invalidez, pues como lo confesó, no ha sido reconocida al no contar con el porcentaje de pérdida de capacidad mínimo establecido en la ley.

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, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se rememoró la SL

del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a este fondo de pensiones demandado 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).

Conviene señalar aquí que, aunque el demandante estuvo vinculado a la AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., no es posible condenar a este fondo a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración mientras el actor estuvo vinculado, pues esta administradora no fue llamada al proceso.

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

Resulta importante señalar 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 la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta 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

apelación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN ROBERTO RODRIGUEZ SARMIENTO

DEMANDADO: PROTECCIÓN

RADICADO: 11001 31 05 004 2018 00707 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 04 2018 00590 01
DEMANDANTE: YOLANDA MARTÍNEZ CASALLAS
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 207, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. EDNA CAROLINA OLARTE MARQUEZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.016.005.949 y T.P. No. 188.735 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS identificada con Cedula de ciudadanía número 52.454.425 y T.P. No. 125.126 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3375 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 288 a 227).

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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 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 ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual. En consecuencia

se condene a la AFP a trasladar los aportes a pensión y rendimientos financieros sin deducir gastos de administración. 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.

Subsidiariamente, disponga a la AFP Porvenir S.A. a reconocer la pensión anticipada de vejez acorde con la ley que le favorezca, con el correspondiente retroactivo e intereses de mora.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de septiembre de 1962 y cotizó 351 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de agosto de 1981 hasta 31 de julio del año 1999, que a partir del 1º de agosto de la misma anualidad se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A.. Adujo que el asesor del fondo le indicó que con la AFP su prestación sería más favorable que obtendría en el ISS, no le explicó cuáles serían las consecuencias del traslado, lo que no resultó ser cierto, pues con la mesada que le ofrece Porvenir S.A. no le es posible cubrir sus necesidades y obligaciones.

Relató que reclamó administrativamente ante Colpensiones la nulidad del traslado, la cual fue negada, asimismo, el 9 de abril de 2018 elevó petición de traslado de régimen, nulidad o ineficacia y, en subsidio, el reconocimiento de la pensión a la AFP, que igualmente fue negada (f.º 2 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento y el cumplimiento de los 57, las peticiones elevadas y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del formulario de afiliación; imposibilidad jurídica de realizar la activación de la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; la

buena fe, la prescripción, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 51 a 59).

Al contestar Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó los relacionados con la obligación de la AFP de brindar información al momento del traslado, las solicitudes presentadas y sus respuestas, además que la AFP proporcionó el formulario correspondiente para la afiliación cuyas cláusulas no podía modificar la demandante. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación; falta de causa para pedir, ausencia de responsabilidad atribuible a la AFP; inexistencia del perjuicio alegado, la buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 80 a 105).

En audiencia celebrada el 23 de mayo de 2019, se dispuso vincular en calidad de litis consorte necesario a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 151), la que al contestar se opuso a la totalidad de las pretensiones y frente a los hechos señaló que ninguno de ellos le constaba. En defensa de sus intereses, presentó las excepciones de prescripción, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera y las demás declarables de oficio por el Juez (f.º 155 a 166).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de enero de 2020, declaró la nulidad de la afiliación, de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a la AFP a trasladar el saldo en cuenta individual de la actora con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. A Colpensiones a aceptar el

traslado de la actora y a Porvenir S.A. a pagar las costas del Proceso. Absolvió a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 192).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones adujo que la demandante se afilió de manera libre y espontánea luego de haber recibido información necesaria. Que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, dado que tendrá que asumir las prestaciones de quien nunca ha realizado aportes.

Por su parte, **AFP Porvenir S.A.** argumentó que en el traslado de régimen de la demandante medió su voluntad y plena autonomía, además se dio de manera informada, pues se le asesoró de forma suficiente e idónea sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, las cuales aceptó al suscribir el formulario de afiliación. Señaló la demandante es abogada y para el momento del traslado tenía la capacidad de sopesar si le era o no cambiarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Precisó en todo caso que conforme al dicho del testigo a la demandante se le dio la oportunidad de formular preguntas sobre las características del

nuevo régimen y en todo caso la demandante confesó que no se interesó por su futuro pensional.

Arguyó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y tampoco tenía cumplido alguno de los requisitos para acceder a pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues le faltaban 18 años para acceder a la edad de pensión por lo que no puede hablarse de derechos adquiridos. Expuso que para el momento del traslado la norma únicamente exigía acreditar la suscripción del formulario correspondiente.

Argumentó que cuando la demandante se trasladó no era posible establecer cuál sería el monto de la pensión, dado que está determinado por las condiciones del mercado, por ello, este dato no podía entregarse es ese momento. Aseguró que la actora siempre tuvo acceso a todos los canales de información ofrecidos por la AFP, igualmente, recibió extractos con los cuales podía acceder a la información propia de su cuenta individual y sus condiciones particulares de pensión.

De otro lado, sostuvo que la devolución de los gastos de administración genera un desequilibrio financiero, toda vez que en todo el tiempo que duró la afiliación la AFP gestionó de manera adecuada los recursos y esta estuvo amparada para los riesgos de invalidez y sobrevivientes

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al

afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 2 de septiembre de 1962, por lo al 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 135.71 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 11 y 14). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de junio de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 109) el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 1999, según historial de vinculaciones de folio 110.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que, para la época del traslado en el año 1999 se desempeñaba como abogada, además que los asesores le hicieron una capacitación en las que le pusieron de presente las ventajas de trasladarse, pero nada mencionaron sobre las implicaciones negativas del cambio.

Por solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Dora Lasprilla Lancheros, quien manifestó que prestó sus servicios a la Contraloría de Cundinamarca, entidad en la que trabajó junto con la demandante, allí, un asesor hizo una reunión grupal que duró 2 horas y les dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que tendría una mejor pensión en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que la pensión era heredable y que su mejor opción era caminar de fondo. Refirió que la demandante le comentó que se cambió porque le parecía atractiva la rentabilidad y el hecho que recibiría una mesada superior.

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

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

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

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

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.

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 20 de enero de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP Porvenir S.A.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 4-2018-00590

Actuación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: YOLANDA MARTINEZ CASALLAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 004 2018 00590 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 02 2018 00150 01
DEMANDANTE: MARTHA ELIZABETH CAMARGO GONZÁLEZ
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 215, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ROCIO MARTÍNEZ LIZARAZO identificada con Cedula de ciudadanía No. 33.368.799 y T.P. No. 280.323 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 24 de septiembre de 2019 (f.º 188 a 190).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través

de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones debidamente indexados la totalidad de los aportes realizados en virtud de la irregular afiliación. Asimismo, a Colpensiones a aceptar el traslado, recibir los aportes y actualizar la historia laboral y se reconozcan 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 17 de agosto de 1962 y cotizó al Instituto de Seguros al desde el 16 de octubre de 1984 por espacio de 6 años, 9 meses y 14 días. Expuso que el 27 de mayo de 1994, cuando prestaba servicios a la Promotora de Publicidad Radial, empresa perteneciente al Grupo Santo Domingo, accionista mayoritario de la AFP Colfondos, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, convencida que los asesores de la AFP le habían brindado una asesoría objetiva y acertada frente a su futuro pensional.

Expuso que el fondo privado realizó gestiones frente a su bono pensional que no fueron efectivas. El 3 de marzo de 2017 le efectuaron proyección pensional que con un saldo en cuenta individual de \$410.252.830, le permitiría obtener una mesada de \$1.750.000, la cual no guarda relación con los 14 salarios mínimos que ha percibido en promedio en los últimos 10 años. Por todo lo anterior, el 30 de agosto de 2017 solicitó a la AFP declarar la nulidad de su afiliación y entregar sus aportes a Colpensiones. las cuales fueron negadas al señalar que estaba a menos de 10 años de acceder a la edad de pensión (f.º 55 a 72 y 76 a 79 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP Colfondos S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la promotora, la fecha de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, los trámites realizados en relación con el bono pensional y la historia laboral, los saldos en cuenta individual, la proyección pensional y la petición de anulación de la afiliación. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de Inexistencia del derecho reclamado,

inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, la prescripción, la caducidad, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 104 a 130).

Por su parte, al contestar Colpensiones también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante, su vinculación al Instituto de Seguros Sociales, las cotizaciones realizadas al régimen de prima media con prestación definida, la data de traslado de régimen, las actuaciones relacionadas con el bono pensional y la historia laboral, la petición presentada a Colpensiones, así como su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, 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 161 a 170).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de febrero de 2020, declaró la nulidad afiliación y el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Colfondos S.A. el 27 de mayo de 1994. Condenó a Colfondos trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, sin lugar a que de dichas sumas se descuenten valores correspondientes a gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir los aportes, tener a la demandante como su afiliada y actualizar su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la AFP Colfondos (f.º 198 y 199).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber brindado a la demandante una información que le permitiera conocer las características del régimen de ahorro individual, las condiciones en que se pensionaría y los requisitos para acceder a la prestación, conforme a sus particulares características. Por consiguiente,

concluyó que en el traslado de régimen no medió el consentimiento informado de la actora.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones argumentó que para la época en que la demandante se trasladó, la única obligación que la ley imponía a los fondos era el diligenciamiento del formulario de vinculación, por lo que no es dable exigir pruebas adicionales para demostrar el consentimiento informado. Arguyó que conforme al Decreto 2241 de 2010, los afiliados tienen el deber de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, también aprovechar los mecanismos de divulgación y capacitación, así como emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones, entre ellas, la afiliación, mediante la lectura y suscripción de los formatos correspondientes.

Alegó que conforme al artículo 167 del Código General del Proceso corresponde a cada parte probar el supuesto de hecho que alega, además que corresponde a quien resulte en situación más favorable aportar las pruebas correspondientes y, en el presente asunto, la accionante al absolver interrogatorio de parte manifestó ser profesional, conocer algunas características del sistema de ahorro individual e incluso haber realizado un reportaje sobre la dualidad de regímenes, con lo cual resulta claro que tiene conocimiento pleno del Sistema General de Pensiones, sumado a que suscribió el formulario de forma libre y voluntaria. Indicó que la accionante no demostró la configuración de vicio del consentimiento.

Por su parte, **AFP Colfondos S.A** solicitó revocar la sentencia de por cuanto la demandante es una persona capaz que en ejercicio de la autonomía de la voluntad suscribió el formulario de afiliación, por lo que no es de recibo que ahora alegue como vicio del consentimiento el desconocimiento de la ley, máxime cuando podía consultar toda la

información relacionada con el régimen de ahorro individual, con la ratificación de su voluntad con la permanencia por un largo tiempo en la AFP.

Sostuvo que no es procedente aplicar la norma de forma retroactiva y exigir que se acrediten documentos o requisitos que no estaban previstos en la ley para el momento en que se efectuó el traslado de régimen. Aseguró que la AFP desplegó una actividad profesional en virtud de la cual el capital de la accionante obtuvo rendimientos, por tanto, no es procedente su devolución, pues, ello trae como consecuencia enriquecer el patrimonio de la afiliada con cargo al empobrecimiento de la administradora.

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 17 de agosto de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 279 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 172). Así las cosas, la actora no es 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 27 de mayo de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos a la que se encuentra vinculada en la actualidad (f.º 131 y 136 a 148).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que en el año 1994 cuando trabajaba como periodista para Caracol Radio, el jefe de personal le hizo saber que todos los empleados debían vincularse a Colfondos, por lo que firmó el formulario correspondiente, precisó que no fue orientada por ningún asesor de la AFP. Dijo que, en el año de 1994, solamente supo que se “creaba” la Ley 100 de 1993 y solo supo de las

implicaciones del traslado cuando se acercó a su edad de pensión y empezó a investigar sobre el tema, así como a descubrir información relacionada con los fondos de pensiones. Además, dijo que, en el 2017 cuando la AFP le realizó una proyección, se enteró del monto de la pensión que le correspondería en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Reveló que recibe extractos de la cuenta de ahorro individual.

A solicitud de la parte actora fue decretado y practicado el testimonio de Gloria Esperanza Rico Laverde, quien manifestó conocer a la demandante hace 30 años, por ser su compañera de trabajo en Caracol Radio y estar con ella cuando el jefe de personal llegó a la oficina de redacción y les indicó que en adelante tendrían que pasar sus aportes en pensiones a Colfondos. Aseguró que los funcionarios de la AFP fueron a llevar los formularios para la firma y llenar algún requisito, pero no hubo asesoría.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la 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, por el contrario, lo que se evidencia es que ningún funcionario de la AFP brindó información a la promotora del juicio sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, sus ventajas y la implicación real en que su elección tendría en su futuro

pensional, pues la directriz de trasladarse provino del empleador. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado, máxime cuando no medió ningún tipo de orientación o ilustración (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

Resulta importante señalar 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 modifica y adiciona la decisión de primera instancia 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 20 de febrero de 2020 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del régimen de

prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Adelantado de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA ELIZABETH CAMARGO GONZALEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 002 2018 00150 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 01 2018 00786 01
DEMANDANTE: EDGAR ANTONIO RIVERA PORRAS
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 la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con la AFP Porvenir S.A. realizada el 1° de agosto de 1995. Se condene a la AFP Porvenir a trasladar el saldo en cuenta de ahorro individual como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren obtenido. A la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibirlo y a tomar en consideración las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se ordene a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y a pagar las costas del proceso.

Subsidiariamente, imploró declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de régimen.

En respaldo de sus pretensiones, narró que desde el 17 de enero de 1985 cotizó al Instituto de Seguros Sociales y el 1º de agosto de 1995 fue trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por la AFP Porvenir S.A., la que no le brindó asesoría completa, transparente, veraz y cierta sobre las diferencias entre los regímenes, sus beneficios, riesgos, desventajas y toda la implicación en su futuro pensional. No le informó el monto que requería para pensionarse de manera anticipada y que para liquidarla se tendría en cuenta su expectativa de vida, tampoco que su aporte no iría en totalidad a su cuenta de ahorro individual. Aseguró que la AFP no le puso de presente que podía retractarse de su decisión (f.º 3 a 26 y 55 a 64).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En relación con los hechos aceptó los relacionados con la fecha de traslado, la actual afiliación a la AFP Porvenir S.A.. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las declarables de oficio (f.º 98 a 113)

Al contestar la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, manifestó que los mismos no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 115 a 137).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de junio de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado

Edgar Antonio Rivera Porras al Régimen de Ahorro Individual- AFP Porvenir S.A. Ordenó a Colpensiones autorizar el traslado del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y a Porvenir transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación junto con los rendimientos que se hubieren causado y el bono pensional si a ello hubiere lugar. Se abstuvo de condenar en costas (f.º 159 a 160).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber obrado en consonancia con el principio de eficiencia que informa el Sistema de Seguridad Social, pues suministró precaria información al demandante, por lo que este no pudo escoger la opción que más le favorecía, además le generó falsas expectativas que lo llevaron a trasladarse. Sostuvo que la suscripción del formulario no puede tenerse como prueba del consentimiento informado y tampoco se requiere que el demandante acredite haber sido beneficiario del régimen de transición.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., adujo que el formulario de afiliación fue suscrito de manera libre y voluntaria por el demandante, quien es una persona plenamente capaz, por tanto, todos los negocios celebrados por este tienen validez jurídica. Sostuvo que el deber de información empezó a implementarse en el año 2004 y tuvo a su disposición toda la información del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y lo que demostró fue una falta de interés total frente a su futuro pensional. Alegó que no se realizó un estudio de las excepciones propuestas.

Por su parte, **Colpensiones** imploró la revocatoria de la sentencia, como quiera que el demandante en razón a su edad no puede trasladarse de régimen pensional, pues se encuentra a menos de 10 años de alcanzar

la edad para acceder a la pensión de vejez. Sostuvo que debe ordenarse el reintegro de la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, anulación de bonos pensionales, rendimientos, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales 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 también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la 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 09 de junio de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 103 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 27 y 114 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 04 de julio de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 138), el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 1.995, según historial de vinculaciones de folio 140.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que es ingeniero agrónomo en cultivo de flores. Dijo que nunca realizó traslado alguno, pero el 5 de julio de 1995 cuando ingresó a laborar a Cultivos Buena Vista, la Directora de Recursos Humanos le dio un formato para que lo firmara y le dijeron que en adelante estaría vinculado a Porvenir, el empleador no le dio otra opción, sin recibir en ese momento una asesoría de parte de ningún funcionario de la AFP. Preciso que firmó el formulario de manera voluntaria teniendo en cuenta que de no hacerlo no se podría vincular laboralmente. Reveló que no se acercó a verificar nada sobre su futuro pensional porque asumió que todo estaba bien, dejó pasar los años y solo se presentó hasta el año 2017 a solicitar información, cuando empezó a escuchar de sus amigos rumores y se encontró con que su pensión sería de un salario mínimo y en ese momento intentó trasladarse,

pero ya no podía hacerlo por la edad. Igualmente, que recibió extractos de Porvenir S.A.

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

Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión analizada, para en su lugar, condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 1-2018-00786-01

adelación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EDGAR ANTONIO RIVERA PORRAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 001 2018 00786 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 38 2019 00299 01
DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA VERGARA ÁLVAREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y UNIDAD ADMINISTRATIVA
ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL

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

Conforme al memorial de folio 34, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABET GUTIERREZ ORTIZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada principal de la demandada, según poder (f.º 107 Expediente Virtual).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

la accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. el día 28 de julio de 1995. En consecuencia, ordene el regreso automático al régimen de prima media administrado por

Colpensiones y se condene a Colfondos S.A. a asumir los deterioros sufridos por el detrimento del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, a trasladar todos los valores que recibió de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y sus rendimientos. 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 4 de enero de 1960 y cotizó a la Caja Nacional de Previsión Social E.I.C.E. hasta el mes de julio de 1995, cuando se trasladó de régimen. Que el asesor de Colfondos no le brindó información completa y comprensible, pues nunca le indicó las características, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Adujo que en el mes de diciembre de 2017 radicó reclamación administrativa ante el fondo privado y Colpensiones en el que solicitó que se le declarara la nulidad y se procediera a realizar el traslado, a la cual las entidades respondieron de manera negativa. (f.º Expediente Virtual CD 7 a 19).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la promotora, la fecha de traslado al régimen de ahorro individual y la petición presentada a Colpensiones, así como su respuesta negativa. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 87 a 101 Expediente Virtual).

Por su parte, la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su edad, su vínculo laboral, la fecha de traslado de régimen,

las reclamaciones y sus respuestas. Manifestó no ser ciertos los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido; la prescripción, la indexación, el no pago de los intereses moratorios, la imposibilidad de condena en costas y las demás declarables oficiosamente (f.º 111 a 120 Expediente Virtual).

La AFP Colfondos S.A. al dar respuesta a la demanda, se opuso a la totalidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó únicamente el relacionado con la fecha de traslado de régimen. Frente a los restantes, manifestó no ser cierto o no constarle. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la ausencia de vicios del consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables de oficio (f.º 137 a 154 Expediente Virtual).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de agosto de 2020, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones en su contra, relevándose del estudio de las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandante. (Expediente Virtual).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP entregó a la demandante una información que no estaba alejada de la realidad, esto es, que podía pensionarse a una edad más temprana, que podía cotizar periódica u ocasionalmente valores superiores a los establecidos en la norma como cotización obligatoria para incrementar el valor de su pensión y en manera alguna puede concluirse que este tipo de afirmaciones fueran tendenciosas o engañosas. Estimó que la demandante no logró probar por ningún medio que la persona quien la acompañó en el proceso de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad hubiera desplegado

maniobras fraudulentas tendenciosas, mezquinas o de cualquier índole con el ánimo de causarle perjuicio en su futuro pensional. Estableció que no se configuró en el acto del traslado ningún vicio del consentimiento. Determinó que la actora venía cotizando a Cajanal y no averiguó o indagó sobre sus posibilidades en el Instituto de Seguro Social, tampoco quiso estar presente en las asesorías brindadas por otros fondos distintos al demandado.

Explicó que dado la profesión y cargo desempeñados por la demandante no le resultaba ajeno el tema de las pensiones y los modelos pensionales, no obstante, dejó a la deriva su futuro pensional. Finalmente explicó que en sentencia C-1024 de 2004 la Corte Constitucional encontró viable la limitación del traslado de régimen, faltando 10 años o menos para acceder a la pensión.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia de primera instancia debe ser revocada pues la AFP no demostró por ningún medio conforme a la línea jurisprudencial sentada por la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado una información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Arguyó que la demandante no tenía a su cargo el deber de buscar información sobre las características de su régimen, ni siquiera en razón a la profesión que desempeña.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora o

si el mismo resulta válido al no haberse configurado ningún vicio del consentimiento y por tratarse de una persona cuya profesión le permitía entender las implicaciones del cambio de régimen, tal como concluyó el *a quo*.

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del

afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 4 de enero de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y no había realizado cotización a Colpensiones (f.º 22 y 103). 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 28 de julio de 1995, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 21 y 156 Expediente Virtual) el cual se hizo efectivo el 1º de julio de 1.999, según historial de vinculaciones de folio 166.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1995, cuando prestaba sus servicios al Instituto Nacional de Vías, allí asistió a una reunión grupal que duró aproximadamente 40 minutos en la que le manifestaron que los fondos privados ofrecían beneficios, como pensionarse de manera anticipada, la entrega del dinero acumulado en la cuenta, la generación de intereses altos. Reveló que solamente se acercó al fondo cuando cumplió 57 años y allí verificó que la mesada que le ofrece la AFP es muy bajita. Dijo que antes de afiliarse a Colfondos estuvo afiliada a Cajanal desde febrero de 1981, entidad que como el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar.

A solicitud de la parte accionante fue decretado y practicado el testimonio de Nubia Valenzuela Tangarife quien manifestó ser compañera de trabajo de la demandante y con quien asistió a una reunión a la que citaron a todas las personas de INVIAS, en la que los fondos privados les indicaron que el Seguro Social se iba a acabar, que los fondos privados ofrecían mayores rendimientos, la posibilidad de acceder a la pensión más jóvenes y la garantía de que sus recursos no se perderían; no obstante, no estuvo presente en el momento en que la accionante suscribió el formulario de afiliación.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social) pues no demuestra en los

términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la 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, 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 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 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 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.

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 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 Colfondos 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 6 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho 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 Colfondos 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 la AFP Colfondos 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 Colfondos S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 38-2019-00299-01

alboración de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA VERGARA ALVAREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 038 2019 00299 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 38 2018 00457 01
DEMANDANTE: RAMÓN RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Conforme al memorial de folio 226, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABET GUTIERREZ ORTIZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada principal de la demandada, según poder conferido el 1° de abril de 2019 (f.° 191).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos y que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se condene a las

demandadas a registrar en sus sistemas que la afiliación es nula. Condenar a la AFP Colfondos S.A. trasladar todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual como capital, rendimientos, bonos, títulos y pensionales. Disponer a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir la totalidad de los aportes y a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de junio de 1959 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de agosto de 1985. Expuso que el 12 de marzo de 1998 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y el 1º de enero de 2006 a la AFP Colfondos, en la que se encuentra actualmente afiliado.

Refirió que se afilió AFP Porvenir S.A. porque su empleador Transportes del Huila S.A. le dio la orden, además que la AFP no le brindó información completa y clara sobre las consecuencias, no indicó las características de ambos regímenes, las probabilidades de pensionarse y el monto en que el derecho sería reconocido mediante proyecciones, tampoco que podía retractarse de su decisión.

Adujo que para el momento del traslado a Colfondos contaba con 46 años, no obstante, esta AFP no le informó que tenía la posibilidad de regresar a Colpensiones antes de los 52 años y Colpensiones tampoco adelantó ninguna gestión para informarle sobre su traslado de régimen pensional.

Narró que el 13 de septiembre de 2017, Colfondos le informó que el monto de la pensión sería de \$1.953.147 aproximadamente, mientras que, en Colpensiones, su mesada ascendería a \$6.465.714, dado que cotiza sobre una base de \$10.000.000 en promedio. Debido a esa diferencia en la pensión, el 1º de diciembre de 2017 solicitó a la AFP Colfondos anular la afiliación y el 30 de diciembre de la misma anualidad realizó idéntica petición a Colpensiones. El 16 de julio de 2018 imploró la anulación del traslado de régimen ante Porvenir, la que fue contestada de manera

negativa, por lo que elevó consulta ante la Superintendencia Financiera (f.º 1 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del demandante, la de su vinculación al ISS y la de traslado de régimen, así como la reclamación presentada junto con su respuesta negativa. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables de oficio (f.º 92 a 118).

De otro lado, al dar respuesta a la demanda, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento y traslados, su actual AFP, el empleador al momento de cambio de régimen, el no informarle de la posibilidad que tenía de retractarse, su ingreso base de cotización y la reclamación administrativa hecha a Colpensiones, así como su respuesta. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. 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, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 140 a 147).

Al contestar Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. se opuso al éxito de las pretensiones incoadas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó el relacionado con las fechas de nacimiento, la de traslado a la AFP Colfondos y la edad que tenía en ese momento, la de su actual fondo y la reclamación presentada. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para oponerse a las pretensiones propuso las excepciones de fondo falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la

acción para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, la compensación y pago; saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las declarable de manera oficiosa (f.º 168 a 184).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó en costas a la parte demandante (f.º 212).

Como sustento de su decisión, señaló que en el traslado de régimen no se evidencia ninguna irregularidad que amerite declarar la nulidad del traslado, pues el demandante no probó la configuración de ningún vicio del consentimiento. Concluyó que el accionante no es beneficiario del régimen de transición por lo que no tenía una expectativa respecto a su pensión. Indicó que el traslado podría afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida. Además, que conforme al artículo 112 de la Ley 100 de 1993, la AFP no podía rechazar la solicitud de traslado presentada por el promotor del juicio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que en el traslado de régimen pensional el consentimiento debe ser informado, por tal motivo, está en cabeza de las AFP demostrar que brindaron a los posibles afiliados información suficiente y clara para tomar la decisión de cambiar de régimen.

Alegó que, si bien firmó el formulario de afiliación, esta suscripción no estuvo precedida o acompañada de asesoría, tampoco en todo el tiempo en que estuvo vinculado a las AFP, tal como era su deber, máxime cuando

contaba con los datos de ubicación en donde pudo haber remitido la información necesaria o haberlo citado para realizarle proyecciones pensionales, lo cual no sucedió.

Sostuvo que se acercó al fondo a retirar cesantías y nunca le indicaron que debía asesorarse en cuanto al fondo de pensiones, tampoco en lo referente a la posibilidad de realizar aportes voluntarios para mejorar su situación pensional. Menciona que no se trata de informar sobre cuál régimen es mejor o peor, sino de establecer cuál fue la información que se entregó al usuario al momento del traslado para poder concluir que la decisión se tomó de manera informada.

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 no se demuestra la configuración de ningún vicio del consentimiento, tal como concluyó el *a quo*.

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

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

régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la 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 11 de junio de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 293.25 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 39 y 43). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 12 de marzo de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 40). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A desde el 1º de mayo de 1998 a 30 de abril de 2000; en la AFP Colfondos del 1º de mayo del 2.000 al 28 de febrero de 2005; en la AFP ING a partir del 1º de marzo de 2005 al 31 de diciembre de 2.005; y desde el 1º de enero de 2006 en adelante a la AFP Colfondos S.A. (f.º 185).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en el año 1998 prestaba sus servicios a Cementos Diamante y su jefe inmediato en una reunión le entregó a él y a sus compañeros - asesores comerciales - el formulario de afiliación a Porvenir, indicándoles que la empresa había decidido hacer el traslado y que los documentos ya contenían los datos personales. Preciso que lo único que verificó fue que esos datos estuvieran correctos y firmó, además que a la reunión no asistió ningún asesor de la AFP. Refiere que en razón a su trabajo se trasladó

muchas veces de ciudad de residencia y en la AFP no le indicaron que debía actualizar sus datos. Señaló que para el momento en que cambió de régimen sus beneficiarios eran su esposa y sus dos hijos, los cuales son mayores de edad, profesionales y trabajan al igual que su esposa. Menciona que en el año 2017 solicitó una proyección pensional a la AFP Colfondos, pues sus amigos empezaron a pensionarse y a evidenciar que la mesada pensional era diferente si se pensionaba el Colfondos o en Colpensiones. Expresó que se trasladó de la AFP Porvenir S.A. a la AFP Colfondos porque la empresa para la cual trabajaba así se lo ordenó, pero no hubo represalias. Indicó que nunca se acercó a las AFP a averiguar por su futuro pensional, pero si se presentó a tramitar el retiro de cesantías.

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, dado que lo evidenciado es que el actor firmó el formulario de traslado sin que un asesor de la AFP le hubiera brindado algún tipo de información, como quiera que el trámite se surtió a través del empleador. Así las cosas, en el presente asunto no existe prueba alguna que permita concluir que el promotor del juicio recibió 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 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.

Igualmente, se condenará a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a este fondo de pensiones demandado 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).

Conviene precisar que, aunque el demandante estuvo vinculado a la AFP ING hoy Protección S.A., no es posible impartir condena en relación con esta administradora, como quiera que no fue vinculada al proceso.

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).

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 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho 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 Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de los fondos de pensiones involucrados y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

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

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

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: RAMON RODRIGUEZ RODRIGUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 038 2018 00457 01

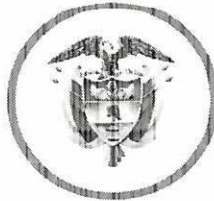
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 38 2018 00394 01
DEMANDANTE: ADIELA MEJÍA MARÍN
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 en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de diciembre de 2019.

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., realizada el 25 de julio de 1995. En consecuencia, se deje sin efecto el traslado y vigente la afiliación diligenciada en el Instituto de Seguros Sociales. Declarar que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones entidad que deberá ser condenada a recibir el traslado de aportes e incorporarlos en la historia laboral. Se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso. Subsidiariamente, solicita se declare la nulidad del traslado de régimen y en consecuencia dejar sin efecto la afiliación

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de junio de 1959 y cotizó 226 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 6 de marzo de 1991. Expuso que laboró para la empresa Restrepo Hermanos LTDA y allí llegaron los asesores de la AFP y le presentaron como una muy buena opción trasladarse a Porvenir S.A. porque allí podría acceder a la pensión a cualquier edad, tendría una mayor rentabilidad y en consecuencia acumularía más capital, que le permitiría una mejor mesada pensional.

Refirió que el asesor del fondo no le brindó ninguna asesoría sobre el impacto que le generaría el cambio de régimen, no le realizó proyecciones pensionales, ni se le explicó que podría perder beneficios. Explicó que luego, pasado el tiempo y por solicitud suya la AFP le informó que su mesada pensional sería de \$1.315.200 suma que no le alcanza para cubrir sus gastos, precisó que la mesada pensional en Colpensiones sería de \$3.522.000, por lo resulta claro que le resulta más conveniente pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (f.º 1 a 8).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la fecha en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes hechos. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables oficiosamente (f.º 80 a 102).

Por su parte, al dar respuesta a la demanda la AFP Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto a los hechos, admitió únicamente el relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante. Manifestó no ser ciertos o no constarle la ocurrencia de los demás. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la

prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa ausencia y las demás declarables oficiosamente (f.º 124 a 130).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de diciembre de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó en costas a la parte demandante (f.º 173).

Como sustento de su decisión, señaló que no encontró demostrada la configuración de ningún vicio del consentimiento, pues no existe prueba que la accionante haya sido constreñida a firmar el formulario de vinculación, tampoco que haya sido víctima de engaño alguno. Indicó que dejó a la deriva su futuro pensional cuando era su responsabilidad y no la de la AFP verificarlo e informarse, máxime cuando las circunstancias personales de los afiliados cambian, lo que influye en que las condiciones de pensión. Sostuvo que, aunque se realizara el traslado de recursos del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida lo cierto es que estos solamente alcanzarían para financiar unos años la prestación y luego esa obligación estaría a cargo del fondo común.

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, no obstante, esta Sala mediante auto de 29 de enero de 2021, aceptó su desistimiento y continuó el proceso para surtir el grado jurisdiccional de consulta (f.º 207)

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 totalmente adversa a la demandante, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios

pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 14 de junio de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años de edad, y con 157.96 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 76 y 108). 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 25 de julio de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colpatria S.A desde el 1º de agosto de 1995 al 28 de septiembre del 2000; en la AFP Horizonte del 29 de septiembre del 2.000 al 31 de diciembre de 2013 y, desde el 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 132 y 133).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que un asesor de la AFP, quien era el esposo de su jefe inmediata, en una reunión que no duró más de 30 minutos le informó a un grupo de 20 personas que el Instituto de Seguros Sociales se acababa y que con el fondo privado podría pensionarse antes. Dijo no recordar haber firmado formulario de afiliación con las AFP Horizonte, Porvenir S.A. y que no se acercó a indagar sobre su situación pensional porque le dijeron que se podía pensionar a los 50 años y las condiciones que debía cumplir para ello. Reveló que recibe extractos de Porvenir, sin embargo, no los lee al no verlos interesantes. Señaló no tener claridad del fondo al que se trasladó, ni el año, además que el asesor el indicó que tendría mayores beneficios en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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

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

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

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

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 al fondo de pensiones de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019).

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).

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 estarán 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 10 de diciembre de 2019 por el Juzgado Treinta y Ocho 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 38-2018-00394-01.
delación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ADIELA MEJÍA MARIN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 038 2018 00394 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 38 2018 00008 01
DEMANDANTE: MARÍA GABRIELA SARABIA HUYKE
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 216, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABET GUTIERREZ ORTIZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada principal de la demandada, según poder conferido el 1° de abril de 2019 (f.° 153).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de enero 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 Horizonte hoy Porvenir S.A. realizada el 8 de agosto de 1994. En consecuencia, se condene a las demandadas a realizar todas las gestiones pertinentes tendientes a anular el traslado de régimen. Ordenar a la AFP

Porvenir S.A. trasladar todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual y a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad a la demandante, corregir y actualizar la historia laboral. Se declare para todos los efectos que la única afiliación válida de la demandante que la efectuada al Instituto de Seguros Sociales y que las demandadas deben reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de enero de 1963 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de abril de 1987. Refirió que el 8 de agosto de 1994, cuando contaba con 421 semanas cotizadas al ISS y mientras laboraba con la empresa Eurovalores S.A se trasladó a la AFP Horizonte, sin recibir previamente la suficiente ilustración. No obstante, su empleador continuó con aportes al Instituto de Seguros Sociales hasta 1999 y que la AFP no le informó sobre la posibilidad de trasladarse antes de cumplir 47 años.

Adujo que ha cotizado al régimen de ahorro individual con solidaridad 841 semanas, para un total de 1.262 semanas al sistema general de pensiones y actualmente se encuentra vinculada a la AFP Porvenir S.A. Expuso que la AFP Porvenir S.A. le realizó proyección pensional según la cual su mesada pensional en el régimen de ahorro individual con solidaridad será de \$1.568.000 a los 57 años de edad, mientras que, en Colpensiones a la misma edad, la prestación sería de \$3.342.395. Finalmente, expuso que reclamó administrativamente el 28 de noviembre de 2017 y a Colpensiones al día siguiente (f.º 1 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el relacionado con la fecha de nacimiento de la demandante, el empleador al cual se encontraba vinculada la demandante para la fecha del traslado, la proyección pensional realizada y la reclamación presentada. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas,

prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 88 a 95).

Al contestar Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables de oficio (f.º 120 a 159).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de enero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó en costas a la parte demandante (f.º 196).

Como sustento de su decisión, señaló que en el traslado de régimen no se evidencia ninguna irregularidad que amerite declarar la nulidad del traslado, pues al absolver interrogatorio de parte fue insegura y no dio mayores datos del momento en que se dio el traslado y los términos en que le proporcionaron la asesoría correspondiente. Concluyó que la actora no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no tenía una expectativa respecto a su pensión. Indicó que el traslado podría afectar la sostenibilidad financiera del régimen de prima media con prestación definida.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la AFP tenía el deber de informar en todas las etapas del proceso de traslado, sobre las consecuencias del mismo y, por

ello, se invierte la carga de la prueba para que la administradora compruebe que brindó información, veraz, clara y oportuna.

Señaló que el traslado se dio porque el asesor le indicó que se pensionaría con mayor monto y que había riesgo de perder sus aportes pensionales, dado que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer. Preciso que la AFP no demostró con proyecciones u otro documento la forma en que podía acceder a una mejor pensión, como quiera que no realizó ningún comparativo o proyección, y esta finalidad no se cumple con la suscripción del formulario de afiliación.

Arguyó que el cambio entre administradoras no trae como consecuencia una ratificación de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad. En todo caso, la AFP no informó los periodos de gracia que existieron para cambiarse de régimen. Alegó que, si bien no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ello no hace inviable la declaratoria de ineficacia de la afiliación.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora o si el mismo es válido al no haberse configurado ningún vicio del consentimiento y no gozar de una expectativa legítima para el momento en que este se produjo, tal como concluyó el *a quo*.

Para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la

selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la 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 6 de enero de 1963, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años de edad y 211.68 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 28 y 129). 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 05 de agosto de 1999, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colpatria (f.º 97). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. desde el 1º de septiembre de 1994 a 28 de febrero de 1998; en la AFP Colmena hoy Protección S.A. del 1º de marzo de 1998 al 30 de septiembre de 1999; nuevamente en AFP Colpatria del 1º de octubre de 1999 al 28 de septiembre del año 2.000; luego se produjo su traslado automático a la AFP Horizonte a partir del 29 de septiembre del

año 2.000 hasta el 31 de diciembre de 2013 y finalmente se trasladó también de manera automática desde el 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 98).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que los asesores de la AFP Horizonte se acercaron a su lugar de trabajo indicándole que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar porque era una entidad insolvente y que la mejor opción por resultados era Horizonte, la que le proporcionaría una pensión muy alta, pues en el ISS la prestación sería de un salario mínimo legal mensual vigente. Que no le explicaron nada adicional, por ello, confió, leyó el formulario y lo firmó sin que la obligaran a hacerlo. Refirió que no se trasladó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida porque confió en lo que le dijeron en la asesoría inicial y cuando se acercó a la AFP le refirieron que el monto de su pensión iba a ser muy pequeño. Confesó que recibe extractos periódicamente y en ellos veía reflejados unos aportes, pero de estos documentos no se podía inferir cuál era el monto de la pensión. Reveló que para el momento en que se trasladó no tenía hijo, pero hoy tiene dos. Al ser cuestionada por el Juez, dijo que se había trasladado en el año 2.004 y que no recordaba haber realizado los demás traslados, al ponérsele de presente reconoció como suya la firma en el formulario de afiliación con la AFP Colpatria S.A., pero manifestó no recordar que sucedió al momento de suscribir dicho documento. Finalmente, aclaró que siempre que hizo referencia al traslado en el año 2004, realmente se refería al año 1994.

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 Corte Suprema de Justicia.

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

Por tanto, la AFP 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.

Conviene señalar que aunque la demandante estuvo vinculada a la AFP Colmena hoy Protección S.A. no es posible imponer a esta administradora la orden de trasladar a Colpensiones las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado, como quiera que esta administradora no fue demandada en el presente proceso.

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

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

Sin costas en la apelación. Las de primera instancia estará a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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 21 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho 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 la AFP Protección 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: MARÍA GABRIELA SARAVIA HUYKE

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 038 2018 00008 01

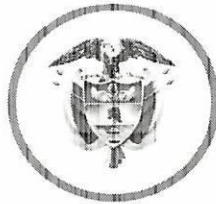
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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 38 2017 00487 01
DEMANDANTE: LIZETTE MARÍA CHAVES HIGUERA
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 Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de enero de 2020.

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. y que es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar todos los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual. Ordenar a Colpensiones a recibirla como su afiliada desde el 16 de enero de 1980, sin solución de continuidad y a reconocerle pensión de vejez, junto con las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de enero de 1980, en la que cotizó **993** semanas. Expuso que para el 1° de abril de 1994, se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida y el 28 de noviembre de

2000 seleccionó como administradora de pensiones a la AFP Porvenir S.A., en la que actualmente se encuentra afiliada.

Narró que el asesor no le informó las ventajas, desventajas y características de cada régimen pensional, además uso como argumento 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 podría regresar a Colpensiones antes de cumplir 47 años.

Adujo que el 12 de junio de 2017 solicitó a la AFP Porvenir S.A. la nulidad de la afiliación y radicó formulario de traslado ante Colpensiones, la cual fue resuelta de manera negativa al encontrarse a menos de 10 años para acceder a la pensión de vejez. Por otro lado, la AFP respondió el 7 de julio de la misma anualidad indicándole que no contaba con elementos suficientes para dar curso a su solicitud (f.º 1 a 46).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la implementación del régimen de ahorro individual con solidaridad, la afiliación a la AFP, la información proporcionada por el asesor de la AFP, en cuanto que podría pensionarse a cualquier edad y lo relacionado con la reclamación administrativa. En relación con los demás hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 127 a 134).

De otro lado, al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la respuesta negativa a la reclamación administrativa. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el

error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y las demás declarables oficiosamente (f.º 155 a 175).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de enero de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó en costas a la parte demandante (f.º 227).

Como sustento de su decisión, señaló que si bien para la época del traslado la demandante contaba con 997 semanas cotizadas, lo cierto es que las condiciones de pensión cambiaron con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y la AFP no podía prever, como ello, beneficiaría o perjudicaría a la actora. Por tal motivo, no puede hablarse de la configuración de un error, además que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa y que, si bien la demandante era beneficiaria del régimen de transición, tomo la decisión de trasladarse de manera voluntaria. Explicó que el hecho de no existir un consentimiento informado no puede tenerse como la configuración de un vicio del consentimiento autónomo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la sentencia debe ser revocada porque la AFP tenía el deber de probar que cumplió con el deber de información y buen consejo, tal como lo ha planteado la H. Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, al puntualizar que la asesoría debe ser clara, oportuna y completa. Adujo que en virtud de la carga dinámica de la prueba, no estaba obligada a probar la configuración de algún vicio del consentimiento.

Sostuvo que, para el momento del traslado, era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 en

razón a la edad y la AFP no se ocupó de asesorarla, frente a la pérdida de beneficios, lo que le generó un grave perjuicio. También que no hay discordancia alguna entre la demanda y el interrogatorio de parte absuelto, quien además confesó haber no recibido información en los términos del buen consejo.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora o si tal como concluyó el *a quo*, en el presente caso no se demostró la configuración de ningún vicio del consentimiento y la demandante no gozaba para el momento el traslado de expectativa alguna que merezca protección.

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 10 de diciembre de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 675 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 20 y 38). Así las cosas, la actora **es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.**

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 28 de noviembre de 2.000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 37). El que se hizo efectivo el 1º de enero de 2001, según historial de vinculaciones de folio 137.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que es contadora y que se trasladó de régimen porque dos personas de Porvenir en una reunión que duró como 15 o 20 minutos, en la que estuvieron presentes 20 o 30 personas, les dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería sus aportes. Que el fondo privado era muy sólido y podía pensionarse con un monto mayor a cualquier edad, pero no le explicaron cómo, sólo le dijeron que, con efectuar aportes, además, les entregaron los formularios y cada persona lo diligenció y suscribió en el mismo salón. Dijo que los asesores no le informaron que era beneficiaria del régimen de transición y que nunca dudo de la información dada por los asesores, razón por la cual no validó si el ISS se acabó o no, ahora sabe que es Colpensiones. Confesó que recibe extractos y, en ellos, puede verificar que la empresa para que labora cotiza y su capital ha aumentado.

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 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 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. Es más, en el presente asunto para la fecha del traslado de régimen la demandante contaba con 993.43 semanas cotizadas por lo cual conforme a las exigencias previstas en la Ley 100 de 1993, vigente para la época, solo le bastaba cotizar 7 semanas para acreditar el requisito de tiempo de aportes, lo que imponía a la AFP la obligación de ilustrarle sobre las implicaciones de su traslado en su futuro pensional y aconsejarla al respecto.

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 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.

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).

(i) De la pensión de vejez

Establecido entonces que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones, pasa la Sala a determinar si tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición.

Al respecto, anota la Sala que el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que la transición establecida

en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la desarrollaran **no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010**, con excepción, de los trabajadores que al estar en dicho régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la referida enmienda constitucional, a los cuales **se les mantendría esa garantía hasta el año 2014**.

En el presente caso, la demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigor tenía más de 35 años, como quiera que nació el 10 de diciembre de 1957 (f.º 20), lo que permite inferir también que cumplió 55 años el 10 de diciembre de 2012, esto es, después del 31 de julio de 2010. Ahora, en cuanto a las cotizaciones, al revisar el reporte de semanas allegado por Colpensiones se verifica que tan solo con aportado a esta entidad hasta el 30 de noviembre del año 2.000, es decir, cuatro años antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, la promotora acreditaba 995 semanas cotizadas (f.º 180) En esas condiciones, el régimen de transición para la demandante se extendió hasta el año 2014.

Determinado que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, la Sala concluye que la actora tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, acreditó más de 1.000 semanas cotizadas según se desprende de reporte allegado por Colpensiones y el extracto de aportado por la AFP Porvenir S.A. (f.º139 a 144 y 180).

Ahora, según la historia laboral allegada por la AFP Porvenir S.A., la última cotización corresponde a febrero de 2018 (f.º 144). No obstante, la Sala no tiene certeza si con posterioridad la promotora del juicio continuó con aportes, razón por la cual no es posible determinar la fecha a partir de la cual debe otorgarse la prestación y tampoco establecer el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada.

En consecuencia, se condenará a Colpensiones a reconocer a la demandante pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a aquel en que haya realizado la última cotización, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación que más le favorezca conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta sentencia.

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 demandante. Igualmente, se dispondrá que Colpensiones reconozca la pensión de vejez con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990. Además, se declara que esta entidad 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 22 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho 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 SA y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer a la demandante la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a aquel en que haya realizado la última cotización, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación que más le favorezca conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

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

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 38-2017-00487-01.
actuaración de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LIZETTE MARÍA CHAVES HIGUERA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 038 2017 00487 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 37 2018 00367 01
DEMANDANTE: PEDRO ANIBAL CORREDOR LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

Conforme al memorial de folio 236, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABET GUTIERREZ ORTIZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada principal de la demandada, según poder conferido el 1° de abril de 2019 (f.° 157).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Colpatria S.A. el 8 de abril de 1997 y que nunca efectuó traslado de régimen y que es a Colpensiones la entidad a la que se encuentra legalmente afiliado. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el saldo en cuenta de ahorro individual, cotización, comisiones, rendimientos, bonos pensionales. Se disponga a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibirlo, activar su afiliación y actualizar la historia laboral con las cotizaciones realizadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Así como a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de diciembre de 1955 y cotizó 806 semanas desde el 15 de enero de 1976 al Instituto de Seguros Sociales. Además, que el 8 de abril de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colpatria y que el asesor omitió informarle sobre las características de cada régimen, sus limitaciones y beneficios, tampoco le realizó una proyección pensional que le permitiera tener claridad sobre el monto de su pensión y la tasa de remplazo, omitió hacer un comparativo de mesada pensional en cada régimen pese a que conocía el promedio base de cotización y no le explicó cómo funcionaba el sistema de capitalización.

Narró que el 24 de abril de 2018 solicitó a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones anular su afiliación por vicio del consentimiento, lo cual fue negado el 20 y 25 de abril de 2018. Asimismo, que a la presentación de la demanda acredita 1.964 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (f.º 2 a 31).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio del accionante y la respuesta negativa a la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el

consentimiento, la prescripción, el cobro de lo no debido, la buena fe, la no procedencia de pago de costas en entidades administradoras de seguridad social del orden público, la presunción de legalidad de los actos administrativos y las demás declarables de oficio (f.º 80 a 86).

Al contestar la AFP Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y presentación de la reclamación administrativa. En relación con los restantes, manifestó no ser ciertos o no le constaban. En defensa de sus intereses, propuso la excepción previa de falta de integración de litis consorcio necesario con la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público y las excepciones de mérito de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la mala fe de la demandante, el aprovechamiento indebido de recursos públicos y del sistema general de pensiones; la prescripción y la ausencia de responsabilidad atribuible a la AFP (f.º 97 a 118).

Por auto del 20 de junio de 2019 (f.º 171), el Juzgado dispuso vincular a la AFP Protección S.A., en calidad de litis consorte necesario por pasiva, la cual se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó únicamente el relacionado con la data de nacimiento del demandante. En cuanto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos del sistema general de pensiones y las demás declarables oficiosamente (f.º 193 a 205).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 04 de marzo de 2020, declaró la ineficacia del traslado realizado el 29 de agosto de 1995 por el demandante. En consecuencia, establecer que la afiliación válida corresponde al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir.S.A.. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con

motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, aportes adicionales junto con los rendimientos financieros causados. Dispuso a Colpensiones a admitir el traslado y a aceptar los valores remitidos por la AFP Porvenir S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Se abstuvo de condenar en costas y absolvió de las pretensiones de la demanda a la demandada AFP Protección S.A. y ordenó compulsar copias con destino a la UGPP para que proceda a la investigación correspondiente (f.º 227).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección S.A. no demostró haber brindado una asesoría e información necesaria para materializar el traslado. Por consiguiente, conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia procede declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpuso recurso de apelación, para que sea revocada la sentencia, pues de lo contrario se afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Arguyó que los afiliados tienen obligaciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y el hecho de que las expectativas pensionales del demandante en cuanto al monto de la pensión no se cumplan no hace que la afiliación devenga en ineficaz.

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 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 22 de diciembre de 1955, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y 733.25 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º32 y 66). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición ni por edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 29 de agosto de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena (f.º 206). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena desde el 1º de septiembre de 1995 a 31 de mayo de 1997; en la AFP Colpatria del 1º de junio de 1997 al 28 de septiembre de 2000; en la AFP Horizonte del 29 de septiembre del 2000 al 31 de diciembre de 2013 y del 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 120).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó de régimen en el año 1995 a través de la AFP Colmena, que sus asesores en reunión colectiva autorizada por él como Gerente de la empresa, le informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que no les responderían por las cotizaciones. Preciso que firmó ante la incertidumbre del futuro por pensar que se iba a quedar sin pensión y también porque le dijeron que se iba a pensionar en menos tiempo. Aseguró, no recordar que le hubieran mencionado algo sobre la cuenta de ahorro individual o sus rendimientos, tampoco que la pensión pudiera ser heredable. Confesó que suscribió el formulario, pero no lo leyó.

A solicitud de la parte actora fueron decretados y escuchados los testimonios de Aurora Carrero Correa y Gustavo Malaver Díaz. La primera, señaló que el demandante es su jefe en la empresa a la que se encuentra vinculada desde el año 1988. Respecto del traslado adujo que un día cualquiera en las instalaciones de la empresa llegó un grupo de asesores de fondos privados autorizados por Recursos Humanos a decirles que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que para no quedarse sin pensión debían afiliarse a las AFP. Refirió que estuvo con el demandante en una de esas charlas o conferencias que duró aproximadamente 2 horas cuya asistencia era voluntaria, en la que les dieron que se iban a pensionar a más corta edad y que en esa oportunidad firmaron el formulario que los asesores les proporcionaron, pero indicó desconocer si el demandante tuvo una asesoría individual, precisó que él como gerente siempre sabía cuándo se hacía presentes los asesores de las AFP.

El testigo Gustavo Malaver Díaz dijo que conoce al demandante porque es su jefe, más o menos desde el año 1987, dijo que a la empresa llegaron unos asesores y le hicieron una charla grupal y luego cada uno de manera individual firmaba el formulario. Que en la charla les dijeron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que los fondos se podían pensionar con anterioridad, pero no explicaron cómo, ni les señalaron una edad específica, no hicieron un estudio particular, tampoco fue visitado o asesorado con posterioridad.

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, 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 Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, 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 adicionada en este punto. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, dado 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 consiguiente, la sentencia analizada en consulta se adicionará para condenar a Protección S.A a trasladar con cargo a sus propias utilidades las sumas descontadas por concepto de gastos de administración a la demandante mientras estuvo afiliada a dicho fondo, lo cual 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 en la forma anunciada.

No se causan costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida el 04 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A. deberá trasladar a Colpensiones además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: REVOCAR el punto sexto de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la AFP Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, debidamente

actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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 apelada.

QUINTO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



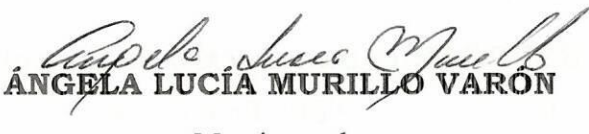
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

calificación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PEDRO ANIBAL CARRERO LÓPEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 037 2018 00367 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 36 2016 00670 01
DEMANDANTE: MARÍA ISABEL MEJÍA SIERRA
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).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Colfondos S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 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 Colfondos S.A., y declarar que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro y ordene a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de agosto de 1966 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1° de octubre de 1986 un total de 410 semanas. Refirió que el 27 de septiembre de 1994 se

trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Colfondos, quien para tal fin le brindó indebida información.

Refirió que cuenta con 1.486 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, de las cuales 1.076 fueron efectuadas al RAIS. 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 21 de octubre de 2016 reclamó a las demandadas el traslado de régimen pensional (f.º 3 a 12).

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 la reclamación presentada. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida; la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 104 a 112).

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio de la actora y la petición presentada. Frente a los restantes, manifestó no ser ciertos. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 148 a 171).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de enero de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 1º de octubre de 1994. Condenó a la AFP Colfondos S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la accionante junto con los rendimientos causados, sin

lugar a realizar descuentos por concepto de mesadas, gastos de administración o cualquiera otra. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada AFP Colfondos S.A. (f.º 289).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Colfondos S.A. no demostró haber brindado a la demandante información de ningún tipo, pues su vinculación se dio sin que ningún asesor del fondo la hubiese siquiera visitado. Por tanto, en aplicación de la jurisprudencia aplicable al caso concluyó que Colfondos no cumplió con el deber de información a su cargo.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones argumentó que no es procedente dar aplicación a la jurisprudencia que sobre el tema ha emitido la H. Corte Suprema de Justicia, como quiera que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición.

Arguyó que conforme a lo manifestado en el interrogatorio de parte la accionante suscribió de forma libre y voluntaria el formulario de vinculación, recibió asesoría y no demostró por ningún medio que la vinculación adoleciera de vicios del consentimiento. Alegó que de haberse configurado un error de derecho este conlleva a declarar la ineficacia del traslado.

Por su parte, **Colfondos** argumentó que la demandante diligenció de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación en una época en la cual no contaba con ninguna expectativa pensional. Alegó que no se logró probar la configuración de ningún vicio del consentimiento y no puede tenerse como tal un error de derecho. Preciso que los asesores de Colfondos brindan la información conforme a las normas legales y que

para 1994 no existía la obligación de realizar proyecciones o comparaciones entre regímenes, pues esta se impuso sólo a partir del año 2014.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado

durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía, que la promotora del juicio nació el 15 de agosto de 1966, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y 409.86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 65, 66 y 67). 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 septiembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 172).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que en 1994 ingresó a trabajar con el Banco Internacional, empresa perteneciente al Grupo City, y una vez superado el periodo de prueba, recursos humanos la citó y le pidió trasladarse a Colfondos que era otra empresa también perteneciente al grupo, pero indicó que nunca recibió un comparativo o información de ningún tipo de parte de algún asesor de la AFP. Expuso que tomó la decisión de trasladarse a la AFP Old Mutual, porque no recibía ningún tipo de información de Colfondos, pues no le llegaban extractos.

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. Es más, lo que se evidencia es que la accionante no recibió información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional, pues su vinculación fue adelantada por el área de Recursos Humanos de su empleadora y sin que mediara asesoría alguna de parte de la AFP. 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. 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).

Igualmente, 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 adicionará la decisión en la forma enunciada.

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: ADICIONAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá 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.

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
Asesoración de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA ISABEL MEJÍA SIERRA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 036 2016 00670 01

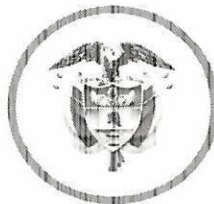
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2018 00499 01
DEMANDANTE: ALEIDA LÓPEZ PARAMO
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 102, 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 104 a 119).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron la demandada AFP Colfondos S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

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

Colfondos S.A., respecto de la cual suplica se condene a pagar los perjuicios causados, los intereses moratorios y a dejarlo en el estado en que se encontraba antes del traslado. 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 enero de 1968 y el 12 de febrero de 1993 se vinculó al Instituto de Seguros Sociales, en el que cotizó 204 semanas. Refirió que el 1º de septiembre de 1997, su empleador Avianca S.A. le ordenó asistir a una reunión realizada por Colfondos, en ella, el representante legal de la AFP les dijo que el ISS desaparecería y que, para evitar la pérdida total de sus aportes, así como poder acceder a una pensión debía trasladarse de régimen.

Señaló que el asesor no le informó que podía regresar al Instituto de Seguros Sociales, tampoco los requisitos para ello, no le avisó acerca de las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, no le indicó la forma como se liquidaría su pensión, pero le precisó que podría pensionarse cuando quisiera y que su mesada sería superior a la que obtendría en el régimen de prima media, además que sus hijos tendrían mayores garantías ya que su dinero estaba respaldado por el sistema financiero. Explicó que en virtud de estos ofrecimientos firmó el formulario de traslado.

Finalmente, mencionó que cuenta con 1.270 semanas cotizadas al sistema general de pensiones y que el 7 de junio de 2018 solicitó a Colfondos el traslado inmediato a Colpensiones, lo que fue negado (f.º 4 a 11).

Al dar respuesta a la demanda, Colfondos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la petición elevada a la AFP y su respuesta negativa. Respecto de los demás, adujo no ser ciertos o tratarse de apreciaciones subjetivas. Para enervar las pretensiones, propuso las

excepciones de prescripción, la inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida; la buena fe, La validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago; 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 del consentimiento (f.º 39 a 58).

Al contestar, Colpensiones se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, únicamente aceptó la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Sobre los restantes, indicó no constarle los mismos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe, y las demás declarables de oficio (f.º 65 a 72).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de marzo de 2020, declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 24 de julio de 1997. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado de Aleida López Páramo y a la AFP Colfondos S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses que se hubieren causado de conformidad con las previsiones del artículo 1.746 del Código Civil. Ordenó a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Colfondos y a efectuar los ajustes correspondientes a la historia laboral (f.º 90).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado y en el presente asunto la AFP no cumplió con la carga de demostrar que para el 24 de julio de 1997 informó a la demandante las consecuencias de

su cambio de régimen. Negó el pago de los perjuicios solicitados, por no haber sido demostrados

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, argumentó que la parte resolutive de la sentencia está errada, pues declara la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen por lo que olvida que cada uno tiene efectos diferentes y que el demandante únicamente solicitó declarar la nulidad del acto, por lo que no se puede emitir una condena en contra de Colpensiones porque con ello se está violando el debido proceso.

Argumentó que no debe ser declarada la nulidad, ni la ineficacia del traslado, pues, Colfondos cumple con su obligación legal de asesorar debidamente a la demandante y como prueba de ello obra en el expediente el formulario de afiliación, que era el único documento que exigía la Ley para el año 1997 cuando la demandante optó por cambiar de régimen ya que para la época no se requería asesoría, tampoco hacer proyecciones.

Expuso que el único elemento que se tomó en consideración para declarar la ineficacia fue el dicho de la demandante quien al absolver interrogatorio de parte manifestó que Colfondos le dijo que obtendría una pensión digna, precisando aquí que el sistema está diseñado para que las personas accedan a la pensión pero no a la pensión que quieran a menos que acrediten el capital necesario.

Por su parte, **Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.** argumentó que el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 regula el cobro de las comisiones por la administración de recursos públicos y privados destinados a la cobertura de pensiones, por ello no es procedente ordenar la devolución de estos montos como quiera que mientras la demandante fue titular de la

cuenta de ahorro individual esta obtuvo rendimientos que no están previstos en el Régimen de Prima Media.

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 y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

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

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

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 enero de 1968, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 26 años de edad, y con 228.29 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 78 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 24 de julio de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 60), el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre de 1.997, según historial de vinculaciones de folio 61.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que cuando trabajó en Avianca S.A., se hizo una reunión con aproximadamente 60 personas, que no duró más de 5 o 10 minutos, en la cual los asesores de Colfondos les dieron que el ISS iba a desaparecer que debían trasladarse y que la mesada sería mucho mejor.

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

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

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

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

Por tanto, la AFP 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.

Ahora bien, como quiera la Jueza declaró la nulidad y/o ineficacia la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar únicamente la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se

debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad por lo que la sentencia analizada será modificada en este punto.

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

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

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

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

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: MODIFICAR el numeral primero la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ALEIDA LOPEZ PARAMO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 008 2018 00499 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