



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2019 00087 01
DEMANDANTE: CLAUDIA MARÍA MORENO GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes a Colpensiones con los rendimientos generados. Asimismo, a Colpensiones aceptar el traslado y recibir los aportes pensionales, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de diciembre de 1961 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de noviembre de 1987 hasta septiembre de 1996. Refirió que a partir del 5 de octubre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que los asesores del fondo no le informaron acerca de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los modelos de pensión, tampoco le realizaron una de la mesada pensional, ni le indicaron el capital que debía ahorrar para acceder a la pensión. Manifestó que en el régimen de prima media con prestación definida la mesada pensional que recibiría sería de \$3.975.000, mientras que en Porvenir, le manifestaron que no tendría derecho a la pensión y de acceder al mismo la prestación correspondería a \$920.000 (Expediente Digital F.º 3 a 6).

Al contestar Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó las fechas de nacimiento y la del traslado. Manifestó no constarle los restantes hechos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, la buena fe, la prescripción, la inexistencia de intereses moratorios e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (Expediente Digital f.º 46 a 54).

Por auto del 26 de febrero de 2020 se tuvo por no contestada la demanda a la AFP Porvenir S.A. (Expediente Digital f.º 110)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de septiembre de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó en costas a la parte demandante (Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que aunque a la AFP le correspondía probar que proporcionó a la demandante la información para que tomara la decisión de trasladarse, lo que no resultó probado durante el proceso. No obstante, concluyó que la actora tampoco logró demostrar el perjuicio causado, pues no se encuentra acreditado que el monto de la pensión será inferior en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante imploró la revocatoria de la sentencia al argumentar que se aplica de manera equivocada el precedente jurisprudencial, ya que el juez concluyó que no se verificaron los perjuicios ocasionados a la accionante; cuando lo que debió validarse es la existencia de un vicio del consentimiento y la falta al deber de información, pues la jurisprudencia no exige que exista algún perjuicio o menoscabo económico para que se declare la ineficacia del traslado. Preciso que es de público conocimiento que las pensiones son reconocidas en un monto superior en Colpensiones que en las AFP.

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la 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 perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

V. CASO CONCRETO

Sea lo primero señalar que no obra en el expediente copia de cédula de ciudadanía, ni el reporte de semanas cotizadas, razón por la cual no es posible determinar si la demandante es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad o por el número de semanas cotizadas.

Tampoco es posible establecer la fecha en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, ni la data de efectividad de la vinculación, pues tampoco fue allegado formulario de afiliación, ni historial de vinculaciones.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante manifestó que cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde 1987 hasta 1996, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual. Refirió que a su sitio de trabajo se presentó un asesor de Porvenir quien le manifestó que el Seguro Social iba a quebrar, por ello, no podía garantizarle el reconocimiento de la pensión. De otro lado, en el fondo privado sus recursos estaban seguros, pues estaban respaldados por entidades bancarias. Que no le explicaron cómo se manejarían esos aportes y no verificó la información que el Seguro Social se iba a acabar.

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 por la referencia de que los fondos privados eran más estables que el público, 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). Con todo, en el presente asunto la AFP no demostró ese consentimiento libre, como quiera que no aportó copia del formulario suscrito por la accionante y se le tuvo por no contestada la demanda.

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.

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.

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 estarán 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 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro

individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

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

SEEXTO: 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 35-2019-00087-01
actación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CLAUDIA MARÍA MORENO GÓMEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 035 2019 00087 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de revocar la decisión de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de 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 035 2018 00552 01
DEMANDANTE: LUZ CRISTINA DÍAZ GUTIERREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta individual, junto con sus rendimientos y demás dineros que se hubieren cancelado. Se ordene a Colpensiones recibir el traslado, los aportes y rendimientos que hubiere lugar. Se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de enero de 1967 y el 18 de noviembre de 1988 se vinculó al Instituto de Seguros Sociales. Se trasladó al Régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. en octubre de 1996, pues de esta administradora era propietaria su empleadora CAFAM.

Adujo que asesores del fondo le informaron que trasladarse le representaría muchas ventajas, ya que el ISS se acabaría, adicionalmente le manifestaron que se pensionaría a la edad que quisiera con el monto y cuantía que escogiera, pero nunca se le realizó un estudio comparativo entre regímenes, tampoco le informó sobre los perjuicios que la decisión le acarrearía. Refirió que se trasladó a otra administradora del régimen de ahorro individual en la que le indicaron que obtendría mayor rentabilidad.

Refirió que el 10 de mayo de 2011 estuvo incurso en conflicto de multiafiliación con la AFP Porvenir, el cual fue resuelto a favor de Colfondos. Finalmente, refirió que reclamó administrativamente en marzo de 2017 (Expediente virtual CD f.º 1).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó únicamente el número de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó no 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, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios; no configuración del derecho al reconocimiento del IPC, ni reajuste alguno; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios e indemnización moratoria y las demás declarables de oficio (Expediente virtual CD f.º 1, 166 a 187).

Al contestar la AFP Colfondos también se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó que las

manifestaciones realizadas por el asesor al momento del traslado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la usencia 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; la compensación y pago y las demás declarables oficiosamente (Expediente virtual CD f.º 1, 215 a 236).

Por auto del 5 de noviembre de 2019, el Juzgado dispuso vincular a la AFP Porvenir S.A. como *litis* consorte necesario por pasiva (f.º 263), la que al contestar se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos aceptó únicamente el relacionado con la fecha de nacimiento de la accionante. Frente a los restantes, adujo no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad; el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (Expediente virtual f.º 308 a 335).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de agosto de 2020, declaró la nulidad del el traslado. Condenó a las AFP Porvenir y Colfondos devolver a Colpensiones todos los dineros que tenga la demandante cotizados al régimen de ahorro individual con solidaridad junto con los rendimientos producidos en el periodo en que cotizó con cada fondo. Dispuso a Colpensiones a recibir a la demandante junto con todas las cotizaciones y le impartió costas a Porvenir S.A. (Expediente digital).

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. Concluyó que la actora es enfermera por lo que en aplicación al principio de igualdad y lo resuelto en otros casos debe concederse la nulidad.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Colfondos** argumentó que debe ser revocada la sentencia en cuanto le impuso la obligación de devolver los gastos de administración, pues la demandante estuvo vinculada por más de 20 años en los que se benefició de la buena gestión de la AFP, lo que le representó el depósito de rendimientos en la cuenta de ahorro individual.

Indicó que los gastos de administración se descuentan por disposición legal y no por capricho de la AFP, por tanto la devolución no debe ser ordenada, pues actuó de buena fe generando rendimientos, no se evidencia perjuicio alguno a la demandante. Sostuvo que los respectivos gastos están destinados en su mayoría a cubrir los riesgos de invalidez y muerte, así como para contribuir al fondo de solidaridad, a través de terceros que no fueron vinculados a este proceso. Finalmente, que los gastos de administración no contribuyen al financiamiento de la pensión y en tal evento se configuraría un evento sin causa en cabeza de Colpensiones.

Por su parte, **Colpensiones** interpuso recurso al señalar que la decisión de primera instancia se fundamenta en el artículo 1604 del Código Civil lo que desconoce que la demandante también tiene a su cargo unas obligaciones respecto al contrato de afiliación, pues conforme al artículo 1495 de dicho estatuto es un acuerdo bilateral que comporta obligaciones recíprocas.

Alegó que el traslado al régimen de prima media contribuye a la descapitalización del sistema pensional dado que la declaración injustificada de la ineficacia afecta la sostenibilidad del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados. Sostuvo que la parte actora no demostró cuales fueron los perjuicios ocasionados con el traslado de régimen.

Finalmente, expuso que la accionante no puede ser considerada como una afiliada lego, pues conocía con claridad la prohibición legal de retornar al régimen de prima media tal como lo confesó al absolver interrogatorio de parte, por lo que no puede alegar un vicio del consentimiento respaldada en que sus recursos no generaban los rendimientos que esperaba.

A su turno, la **AFP Porvenir S.A.** sostuvo al apelar que la decisión de la demandante fue libre y voluntaria, sin presiones y con la debida asesoría, pues del interrogatorio de parte se extrae que el asesor le indicó las características propias del régimen y que ella suscribió el formulario plasmando así su voluntad de vinculación. Alegó que el motivo por el cual la demandante persigue la nulidad del traslado se relacionó únicamente con el monto de la mesada y la Corte Suprema de Justicia ha sido precisa en señalar que esta no es una causal válida para tal fin.

De otro lado, manifestó que se impone a la AFP demostrar circunstancias de traslado que empezaron a regir en el año 2010 con la expedición del Decreto 2241, esto es, más de 15 años después de darse el traslado de la accionante

Refirió que el descuento de los gastos de administración está regulado en la Ley 100 de 1993 y devolverlos representaría un perjuicio a la administradora en favor de la demandante quien se benefició de todas las bondades del régimen de ahorro individual incluidos los rendimientos y la cobertura frente a la muerte y la enfermedad.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 7 de enero de 1967, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 27 años de edad y 89.14 semanas cotizadas a Colpensiones (Expediente digital f.º 44 y expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 03 de noviembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 340). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A desde el 1º de diciembre de 1995 al 31 de octubre del 1996; a partir del 1º de noviembre de 1996 en adelante a la AFP Colfondos S.A. (f.º 240).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en el año 1995 cuando adelantaba su año rural se afilió a Porvenir S.A., al momento de vincularse a la entidad hospitalaria. Señaló que con posterioridad se vinculó laboralmente a CAFAM y allí, se trasladó a Colfondos porque le dijeron los asesores que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, se podía pensionar antes de tiempo y optar por recibir la totalidad del dinero. Aseguró que cuando cumplió 47 años de edad gestionó el traslado a Colpensiones, pero se encontró con que se estaba multivinculada a dos AFP, situación que se resolvió en favor de Colfondos. Confesó que no la obligaron a firmar los formularios.

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, 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. a la cual se encuentra actualmente afiliada, 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 analizada en este punto.

Asimismo, es procedente condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado. Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a los fondos de pensiones demandados 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). En consecuencia la sentencia, analizada se confirmará también en este punto.

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

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: MODIFICAR el punto primero de la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada 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.

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
Actuación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ CRISTINA DÍAZ GUTIERREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

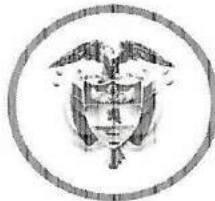
RADICADO: 11001 31 05 035 2018 00552 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de 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 033 2018 00368 01
DEMANDANTE: OLGA REGINA URREGO LEÓN.
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará la decisión en grado jurisdiccional de consulta en favor de la UGPP.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocer la pensión convencional de jubilación a partir del 1° de abril de 2015, de conformidad con el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001, esto es, en un 100% del promedio de todos los factores percibidos en los tres últimos años, junto con los intereses moratorios, la indexación, 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 22 de junio de 1963 y prestó sus servicios personales al Instituto de Seguros Sociales por espacio de 23 años, 7 meses y 8 días como trabajadora oficial. Refiere que

se encuentra vinculada a Sintraseguridadsocial organización que suscribió convención colectiva con el Instituto de Seguros Sociales el 31 de octubre de 2001 con vigencia diferencial y que en su artículo 98 dispone el reconocimiento de la pensión de jubilación.

Señaló que mediante Resolución RDP 029589 del 21 de julio de 2015 la entidad le negó el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, respecto de la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, resueltos mediante actos administrativos RDP 029583 del 21 de julio de 2015 y RDP 034555 del 24 de agosto de 2015, con los que la entidad confirmó su decisión inicial. Finalmente, refirió que reclamó nuevamente el 2 de mayo de 2018 (f.º 2 a 14).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, adujo ser ciertos los relativos a la solicitud de pensión y los actos administrativos emitidos por la entidad. En su defensa, propuso las excepciones de falta de causa y la inexistencia de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la prescripción, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 101 a 105).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2020, condenó a la demandada a reconocer la pensión de jubilación convencional conforme al artículo 98 de la Convención Colectiva de trabajo 2001-2004, a partir del 22 de junio de 2015, en cuantía inicial de \$1.652.940. A pagar la suma de \$112.185.018 por concepto de retroactivo pensional liquidado hasta el 31 de enero de 2020 y a partir del mes de febrero de 2020 como mesada pensional el monto de \$ 2.080.600, junto con los aumentos a que haya lugar. Dispuso que en el evento en que la demandante disfrute de pensión de vejez, la UGPP solo tendrá a su cargo el mayor valor entre esta y la pensión de jubilación. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la parte demandada (f.º 139 y 140).

En sustento de su decisión, advirtió que debe inaplicarse el Acto Legislativo 01 de 2005, pues de lo contrario se desconocería el alcance de los Acuerdos n.º. 87, 98 y 154 de la OIT, en consecuencia, como quiera que la convención estableció una vigencia más allá del 31 de julio de 2010, es procedente reconocer la prestación reclamada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, al argumentar que antes de acudir a los convenios de la OIT se debió dar aplicación a las normas internas, pues conforme al artículo 4 de la Constitución Política, esta es la norma de normas y ante la incompatibilidad de disposiciones, debe darse aplicación a las constitucionales, que para el caso específico es el parágrafo 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, según el cual los pactos y acuerdo más favorables previstos en convenciones colectivas sólo tendrían vigencia hasta el 31 de julio de 2010.

Precisó que la demandante alcanzó los 50 años de edad exigidos en la norma convencional con posterioridad a la fecha límite por lo que no es procedente la prestación implorada. Además, conforme a sentencias emitidas por la H. Corte Suprema de Justicia a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no pueden acordarse en pactos, convenciones colectivas o acto jurídico alguno pensiones diferentes a las establecidas en leyes que regulan el sistema general de pensiones, aun cuando sean más favorables para los trabajadores, incluso ha señalado la Corporación que la convención mantiene su vigencia por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes.

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 la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar si la promotora del juicio tiene de derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 de la convención colectiva 2001 – 2004, norma extralegal suscrita entre el Instituto de Seguros Sociales y la organización sindical Sintraseguridadsocial.

Pues bien, en el presente caso se encuentra demostrado que: **i)** entre el sindicato de trabajadores Sintraseguridadsocial y el Instituto de Seguros Sociales se celebró una convención colectiva de trabajo vigente desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004; **ii)** el artículo 98 del citado acuerdo, consagró un beneficio pensional en favor de los trabajadores oficiales que cumplan *«veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco años (55), si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, (f. º 67);* **iii)** la demandante cumplió los 50 años el 22 de junio de 2013, dado que nació el mismo día y mes de 1963, según copia de cedula de ciudadanía (f. º. 15). **iv)** la accionante prestó sus servicios al Instituto de Seguros Sociales a partir de 11 de septiembre de 1991 hasta el 31 de marzo de 2015, tal como se corrobora con el en certificado de información laboral n.º 1155 del 5 de octubre de 2017 (f.º 45).

Igualmente, se encuentra probado que la convención colectiva de trabajo no fue objeto de denuncia, de manera que por efecto del artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo se prorrogó automáticamente por periodos sucesivos de 6 meses hasta el límite temporal que prevé el Acto Legislativo 01 de 2005 (f.º 48 a 89, constancia de depósito folio 47).

En relación con las pensiones convencionales, recuerda esta Corporación que el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se reformó el

artículo 48 de la Constitución Nacional, dispuso en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran a partir de entrada en vigor de la citada enmienda constitucional y el 31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

La Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 31000, 31 en. 2007, reiterada entre otras en SL 30077, 23 en. 2009, SL1409-2015 y SL4963-2016, inicialmente al fijar un alcance de la citada enmienda constitucional fijó como reglas de interpretación las siguientes:

"a) --El "término inicialmente estipulado" hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado". Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

b) -- En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c).--Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el párrafo 3º transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo.

Quiere decir lo anterior, que por voluntad del constituyente delegado, las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1

de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes ni los árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto.

Paralelamente, la H. Corte suprema de Justicia a partir de la sentencia SL12498-2017, al realizar un nuevo estudio del parágrafo 3º de la citada enmienda constitucional, puntualizó:

Nótese que, a juicio de esta Corporación, del precepto constitucional objeto de análisis se desprende una primera regla, consistente en que la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes en una convención colectiva de trabajo, de manera que «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el “término inicialmente pactado”». Esto, desde luego, se refiere a aquellos acuerdos colectivos o reglas pensionales que sean negociadas por primera vez antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y cuya fecha de finalización sea ulterior a esta reforma constitucional.

La segunda y tercera hipótesis, básicamente expresan un mismo razonamiento, en el sentido que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite a la pervivencia de los beneficios pensionales extralegales. A modo de ejemplo, si el vencimiento de un acuerdo colectivo ocurrió en diciembre de 2004 y por fuerza de la renovación legal aludida se ha extendido en múltiples ocasiones de 6 en 6 meses, las prestaciones pensionales allí previstas subsistirán hasta tanto sean eliminados por voluntad de las partes y como máximo hasta el 31 de julio de 2010.

La distinción entre ambos escenarios, a primera vista, parecería arbitraria, empero no lo es. En la primera situación, el constituyente delegado tuvo de presente la necesidad de respetar y darle plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva, que les permite pactar libremente el tiempo de vigencia de los beneficios convencionales, sin que ello pueda ser abolido unilateralmente por una disposición jurídica. Se evitó así, la restricción e imposición heterónoma a lo que autónomamente habían negociado las partes y sobre lo cual recaían sus expectativas legítimas de que lo acordado iba a tener cierta estabilidad laboral.

Con esta fórmula podrían darse eventos en los que las reglas pensionales no solo se extiendan más allá del año 2005 sino, incluso, del 31 de julio de 2010, tal como sería el caso de una convención colectiva suscrita por primera vez en el año 2004, con una vigencia de 10, 12 o 14 años.

No obstante lo anterior, la misma Corporación en sentencia SL2543-2020, precisó el alcancé del parágrafo 3º del pluricitado Acto Legislativo 01 de 2005, al señalar:

“Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar aquí y ahora su postura, en el sentido de señalar que en aplicación del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando la convención colectiva se encuentre surtiendo efectos a la fecha de entrada en vigor la enmienda constitucional -29 de julio de 2005-, cualquiera sea el motivo para ello -en curso de la vigencia inicial pactada por las partes, en curso de alguna de las prórrogas prevista en la ley o en trámite de resolución de conflicto suscitado por denuncia de la convención-, la extinción de las reglas pensionales allí convenidas, solo se producirá al vencimiento de los plazos o de las prórrogas automáticas producidas por mandato del artículo 478 del CST o por la firma de una nueva convención; que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”

Más recientemente el Órgano de cierre en sentencia SL3635-2020 clarificó su criterio sentado en providencia anteriormente referenciada y en su lugar, precisó que, los asuntos pensionales consagrados en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan la materia se sintetizan en:

- a) “En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

En este último pronunciamiento, en un caso de contornos similares al presente, la H. Corte Suprema de Justicia analizó la vigencia de la convención colectiva de trabajo suscrita entre Sintraseguridad Social y el extinto ISS, y puntualizó concretamente las prerrogativas relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, en tanto de conformidad con el artículo 2º y 98 su vigencia se

extiende hasta el año 2017, lo cual fue reiterado en sentencia CSJ SL5116-2020.

Frente a dicha interpretación, considera esta Sala de manera respetuosa, que una lectura integral de la norma extralegal permite concluir que el artículo 98 de la convención colectiva cuya aplicación reclama la demandante, el querer de las partes no fue extender su vigencia hasta el año 2017, dado que los suscribientes reconocieron expresamente en el párrafo 4º que *“el reconocimiento y pago de las jubilaciones”* lo sería *“en un horizonte de diez (10) años”*, contados a partir de la vigencia del acuerdo extralegal. Ello es así, como quiera que los suscribientes eran conocedores del límite temporal del presupuesto que financiaría esta prestación al contemplar: *“El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el Sindicato SintraseguridadSocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”*.

Quiere decir lo anterior, que al no contar las partes con una previsión y provisión presupuestal posterior a los 10 años que financiara la pensión de jubilación, tal como lo dejaron expresamente anotado las partes convocantes, no puede concluirse entonces una vigencia de los beneficios pensionales hasta el año 2017, pues la sostenibilidad fiscal es un axioma que ***“debe orientar a las Ramas y Órganos del Poder Público, dentro de sus competencias, en un marco de colaboración armónica”*** tal como lo señala el artículo 334 de la Constitución Nacional.

Bajo ese prisma, constituye una regla constitucional que la negociación colectiva en entidades públicas debe necesariamente respetar el presupuesto público o principio de previsión y provisión presupuestal determinado en la ley para la suscripción del o los acuerdos colectivos con incidencia económica presupuestal, conforme al gasto de mediano plazo, la

política macro económica del Estado y su sostenibilidad y estabilidad fiscal, como se infiere de la Constitución Nacional en el Título XII referente al **“Régimen Económico y De La Hacienda Pública”**.

En tal sentido, es dable afirmar que la voluntad de las partes en el marco de la negociación colectiva en entidades públicas encuentre un límite necesario para garantizar un fin esencial del Estado, como lo es, la prevalencia del interés general sobre el particular (art. 2 de la Constitución Política).

Así las cosas, no podría entenderse que la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 del acuerdo extralegal mantuvo su vigencia hasta el año 2017, toda vez que la negociación colectiva en entidades gubernamentales debe respetar las competencias exclusivas que la Constitución Política y la ley atribuyen a las entidades y autoridades públicas. De suerte que la autonomía negocial en estos eventos está supeditada a esa previsión y provisión presupuestal de la cual las partes tenían pleno conocimiento estaba garantizada solo por 10 años a partir de la vigencia de la convención según se lee del párrafo 4 del artículo 98 del convenio que da génesis a la pensión de jubilación, esto es, hasta el 1º de noviembre de 2011.

Aquí resulta importante acotar que para la data de suscripción de la convención colectiva sobre la cual se edifica la prestación reclamada, el ISS atravesaba una difícil situación administrativa y financiera, la cual conllevó incluso a que la entidad y los trabajadores por intermedio del sindicato mayoritario Sintraseguridadsocial, con el apoyo e impulso del Gobierno Nacional llegaran a acuerdos precisos, tendientes entre otras cosas, a propender por su sobrevivencia y, por ende, de los puestos de trabajo de sus servidores

Algunos de estos acuerdos se materializaron por ejemplo en la congelación por 10 años de beneficios previstos en el estatuto como el incremento adicional sobre salarios básicos (artículo 40); el auxilio oftalmológico (artículo 56); el pago retroactivo de las cesantías (artículo 62)

y por 5 años el aporte de la empresa al Fondo Especial de Préstamos de Vivienda (artículo 64).

Circunstancias que permiten entender la razón de ser del artículo 2º, que refiere a una extensión de la vigencia de la convención más allá de la general prevista para el 31 de octubre de 2004, cuando indica que el acuerdo *“tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.”*

Paralelamente, la referencia del artículo 98 de la disposición convencional cuando alude en los incisos i), ii) y iii) al año 2002 a 2007, 2007 a 2016 y *“Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.”* no hace más que indicar la forma en la cual debe liquidarse la pensión de los trabajadores que cumplieran requisitos para acceder a la prestación en diferentes escenarios temporales, lo cual no significa que la entidad se haya obligado a reconocer pensiones hasta el año 2017 e incluso con posterioridad, pues la referencia a estas anualidades es meramente enunciativa y no permite su lectura establecer que las partes le fijaron una vigencia diferente a la prevista en el parágrafo 4º, sustentada en presupuesto previamente definido y conocido por los convocantes del acuerdo colectivo.

En este orden de ideas, dado el contenido de la norma convencional, las previsiones y provisiones presupuestales para la garantía del pago de la pensión de jubilación establecida por las partes, así como el momento histórico y económico en el que se encontraba el Instituto de Seguros Sociales para el año 2001, no es dable considerar que la entidad se obligó a reconocer pensiones de jubilación hasta el año 2017 y más allá, pues lo cierto es que tal como quedó expresamente señalado en el estatuto contractual, únicamente se contaba con la garantía financiera para cubrir esta obligación en los 10 años siguientes a su vigencia.

Conviene señalar que la lectura y aplicación del artículo 98 debe realizarse en su integridad, pues las partes en ejercicio de su poder de negociación y disposición establecieron los pactos allí plasmados. Sobre el particular no está de más recordar que los convenios 87, 98, 151 y 154 de la Organización Internacional del Trabajo reconocen abiertamente el derecho que asiste a todas las organizaciones sindicales de negociar libremente con los empleadores las condiciones que regirán los contratos de trabajo, prerrogativa que se otorga a todas las agremiaciones sin discriminación alguna y sin importar si pertenecen a los sectores privado o público. Por tanto, dada la naturaleza y fuerza normativa de las convenciones colectivas de trabajo, sus cláusulas se incorporan a los contratos individuales de trabajo para modificarlos y representan una fuente de derechos y obligaciones para quienes directa o indirectamente se ven cobijados (CSJ SL16811-2017), por ello, la Sala no puede desconocer los términos y contexto en que las partes pactaron la vigencia de la convención.

Al amparo de los argumentos esbozados, la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la pensión suplicada, como quiera que, si bien acreditó 20 años de servicios el 11 de septiembre de 2011 (f.º 45), sólo alcanzó los 50 años de edad el 22 de junio de 2013, esto es, con posterioridad al 1º de noviembre de 2011, fecha hasta la cual las partes debidamente facultadas podían realmente extender la vigencia de la prestación de jubilación regulada en el artículo 98 de la convención colectiva.

Es oportuno indicar, que conforme a la composición de la cláusula 98 del estatuto colectivo, las partes establecieron que la pensión se causa con el cumplimiento del tiempo de servicio y la edad. Lo anterior tiene sentido, como quiera que la redacción de ese primer inciso une el tiempo de servicios y la edad como elementos que se suman y forman un conjunto al estar incorporada allí la letra “y”, lo que permite afirmar que estamos ante una “*conjunción copulativa*” entendida esta según el diccionario de la Real Academia Española como “*coordinante que forma conjuntos cuyos elementos se suman*”, es decir, que no pueden ser separados.

Igualmente, de tiempo atrás la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha señalado que la edad mínima requerida en la cláusula convencional es un requisito de causación y no de disfrute, en tanto nada distinto se estableció de manera expresa en el citado instrumento normativo (CSJ SL 35399, 23 jul. 2009, CSJ SL803-2013, CSJ SL14663-2014, CSJ SL435- 2015 y CSJ SL122-2020).

Asimismo, para esta Sala conforme a lo pactado por las partes en el artículo 98 del instrumento colectivo, la edad no es un asunto insustancial, dado que constituye un referente importante para proyectar el cálculo actuarial o la experticia *“técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”* que permitió garantizar el pago de la prestación durante los 10 años siguientes a la vigencia de la convención *“sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”*.

De la misma forma, en este caso el cumplimiento de la edad es un requisito indispensable para la causación del derecho al constituir un elemento identificador del desgaste físico del trabajador que lo habilita para disfrutar del descanso, luego del tiempo laborado al servicio de la entidad, que le permite percibir una prestación mensual que reemplaza su asignación salarial ordinariamente percibida.

En consecuencia, para esta Colegiatura el derecho a la pensión de jubilación no se origina de manera exclusiva en el tiempo de servicios prestados, sino que además debe confluir la edad, requisito que se reitera la demandante cumplió con posterioridad al plazo establecido en la convención.

Así las cosas, una vez verificada la inexistencia del derecho reclamado, se dispone, revocar la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la parte demandada, por las razones expuestas en precedencia.

Sin costas en la consulta y en la apelación ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de la parte actora.

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 por Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2020, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia y en la consulta. Las de primera estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 032 2019 00129 01
DEMANDANTE: ENRIQUE DIÓGENES CÁRDENAS SALGADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 13 de enero de 1995 con la AFP Protección S.A. y la afiliación del 14 de agosto de 2005 a Porvenir S.A. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener al demandante entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado. 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 5 de febrero de 1957, se trasladó del Instituto de Seguros Sociales al Régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena el 13 de enero de 1995. Expuso que el formulario de afiliación no contiene la firma del empleador, por lo que incumple el artículo 11 del Decreto 692 de 1994.

Adujo que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes, no se le hizo un estudio de su situación particular, solo la ilustró acerca de los beneficios que podría obtener.

Expuso que la AFP Porvenir le realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado que arrojó como mesada pensional la suma de \$781.242, entre tanto en Colpensiones sería de \$3.788.287, lo que resulta ostensiblemente superior en el régimen de prima media. Refirió que actualmente cuenta con más de 1.303 semanas cotizadas y administrativamente ante Colpensiones el 9 de agosto de 2018 y ese mismo día la entidad contestó de forma negativa (Expediente digital f.º 4 a 11).

Al contestar la demanda Protección S.A. se opuso al éxito de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con las fechas nacimiento y traslado de la accionante. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; el traslado de aportes a Porvenir; la inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de administración por falta de causa y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital f.º 123 a 139)

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de traslado y la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa

de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, la buena fe de Colpensiones; el cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; la inexistencia del derecho reclamado, la compensación, la prescripción y las demás declarables de oficio (Expediente Virtual f.º 166 a 177).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. también se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de traslado y las simulaciones pensionales. Frente a los restantes, manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación; la inexistencia de la obligación; el cobro de lo no debido; la buena fe; la compensación, y las demás declarables oficiosamente (f.º 194 a 205).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante a través de la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A., el 13 de enero de 1995. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores existentes en la cuenta de ahorro individual que deben incluir los rendimientos, gastos de administración y el bono pensional. Ordenó a Colpensiones recibir sin solución de continuidad al demandante. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada Protección S.A. (f.º Expediente Virtual).

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. Indicó que, respecto de los gastos de administración quedan sin sustento jurídico al declararse la ineficacia y, por tanto, se debe ordenar su devolución junto con el total de los

aportes, los descuentos de seguros provisionales, rendimientos y el bono pensional.

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 no se estudió el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que esta entidad es un tercero ajeno al acto jurídico del traslado. Tampoco se tuvo en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, pues la declaratoria de ineficacia podría llevar al detrimento patrimonial del Estado, porque ha de reconocerse la prestación a una persona que no ha contribuido al fondo común y, con ello, poner en riesgo el derecho a la seguridad social de los derechos pensionales de los afiliados a Colpensiones.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** sostuvo al apelar en síntesis que no procede la declaratoria de nulidad como quiera que se demostró que la demandante recibió asesoría, además expresó su consentimiento y voluntad de trasladarse con la suscripción del formulario de vinculación. Señaló que no es procedente aplicar de manera general el criterio jurisprudencial esbozado por la H. Corte suprema de Justicia pues en cada caso se debe realizar el análisis correspondiente.

De otro lado, argumentó que no es procedente realizar la devolución de las sumas cobradas por concepto de gastos de administración, toda vez que el cobro fue regulado por la Superintendencia Financiera, entidad que no fue vinculada al proceso. Señaló que el demandante se ha beneficiado de la gestión de la AFP con la generación de rendimientos y de volver las cosas al estado anterior, estaría entonces llamado a reintegrarlos a la AFP.

Precisó que se ordena devolver los gastos de administración con base en normas que para la fecha del traslado no existían y que vinieron a aplicarse posteriormente, lo que afecta la seguridad jurídica. Argumentó que tampoco se hizo un estudio equitativo en cuanto a los gastos de administración, por cuanto esta AFP no fue la que ocasionó el traslado y resulta desproporcionado que sea la única AFP que deba retornarlos.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 5 de febrero de 1957, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 37 años de edad y 106,57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 13 y 183). 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 13 de enero de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena S.A. (f.º 151), Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena desde el 1º de febrero de 1995 a 31 de marzo de 2000; en la AFP ING del 1º de abril de 2000 al 30 de septiembre de 2003; a partir del 1º de octubre de 2003 y en adelante a la AFP Porvenir S.A. (Expediente digital f.º 207).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que al momento del traslado a Protección S.A. él se encontraba trabajando con el Ministerio de Educación y estaba cobijado por el régimen especial de docente, circunstancia que puso en conocimiento a la asesora de la AFP, quien le dio una charla corta como de 20 minutos, en la que le explicó que era mejor estar en el fondo privado porque se pensionaría más joven, que la pensión sería igual o mejor que en el Seguro Social y que esta entidad

estaba por acabarse. Confesó que no realizó ninguna pregunta, que no leyó con claridad el formulario y manifestó que no se acercó a las oficinas de las AFP para aclarar las dudas que tenía.

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 y de manera anticipada, o la referencia de que los fondos privados tenían mayor estabilidad 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. a la cual se encuentra actualmente afiliado 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 confirmará el fallo analizado.

Igualmente, se condenará a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado 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 los fondos de pensiones demandados de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia la sentencia analizada se adicionará en este punto.

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

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para condenar a la AFP Protección S.A a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a el demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada 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.

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

abstención de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ENRIQUE DIOGENES CARDENAS SALGADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 032 2019 00129 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de 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 032 2018 00294 02.
DEMANDANTE: CONSUELO INÍRIDA DÍAZ CELY
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. y que siempre ha pertenecido al régimen de prima media sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos. Asimismo, se disponga a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y rendimientos devueltos por Colfondos S.A. y actualizar y corregir la historia laboral. También a Colfondos S.A. al pago de perjuicios morales causados estimado en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes, más las costas del

proceso. Subsidiariamente, solicita que se declare inexistente el acto por medio del cual la accionante se trasladó de régimen.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 24 de noviembre de 1956 y desde mayo de 1977 estuvo afiliada al Instituto de Seguros. Señaló que en marzo de 2001 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. dado que los asesores de la AFP le informaron que accedería a la pensión a la edad que quisiera, con un monto superior de pensión; no obstante, no le explicaron las características propias del régimen, sus ventajas, desventajas y diferencias, por lo que sin saberlo renunció a la expectativa de una pensión digna acorde al salario que devenga.

Refirió que a través de un derecho de petición radicado el 15 de diciembre de 2016 solicitó a la AFP que copia del formulario de afiliación y proyección pensional, pero no recibió respuesta. Finalmente, reclamó administrativamente el 25 de enero de 2018 ante Colfondos S.A. y Colpensiones el 25 de enero de 2018. (f.º 113 a 135 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones salvo las relacionadas con la declaración de nulidad e ineficacia de la afiliación o la declaración de inexistencia del acto del traslado. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, la buena fe, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la inexistencia del derecho reclamado, la compensación, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 139 a 148).

Al contestar, la AFP Colfondos S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, el derecho de petición presentado ante la AFP, así como la solicitud de nulidad. Frente a los restantes, 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, no existe prueba causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, falta de la prueba de los elementos de la responsabilidad y de los perjuicios que aduce se han causado a la parte demandante, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables oficiosamente (f.º 174 a 199).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de julio de 2020, declaró ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Colfondos S.A. Por consiguiente condenó a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si hay lugar. Ordenó a Colpensiones recibir a la actora como afiliada al régimen de prima media sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen declarado ineficaz. Condenó en costas a la demandada Colfondos S.A. (f.º 304).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, pues contaba con 37 años cumplidos a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Consideró que en virtud de 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.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la

demandante no demostró que la información proporcionada por la AFP al momento del traslado fuera la correcta, en todo caso, su voluntad de trasladarse quedó plasmada en el formulario de afiliación el cual contiene una leyenda relacionada con el régimen de transición.

Arguyó que es un tercero de buena fe, que no intervino en el acto jurídico de traslado, por lo que los efectos jurídicos de la declaración de ineficacia deben afectar únicamente a las partes teniendo en cuenta el principio de la relatividad jurídica.

Finalmente, alegó que el traslado ordenado en la sentencia afecta gravemente la sostenibilidad financiera, el equilibrio financiero protegido por la Constitución Política, pues personas que nunca han cotizado al fondo común entrarían a disfrutar de sus beneficios, es decir, que Colpensiones es la única afectada con la sentencia de primera instancia, por ello, solicita revocarla y, en su lugar, condenar a la AFP a reconocer la pensión a la demandante en los términos en los que le correspondería de estar afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 24 de noviembre de 1956, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 37 años de edad y 213.14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 28 y 154). 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 21 de marzo de 2001, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 201), el cual se hizo efectivo el 1º de mayo del año 2.005, según historial de vinculaciones de folio 200.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que a su lugar de trabajo llegaron asesores de la AFP, muchachos muy jóvenes que parecían como de colegio que le manifestaron que el Seguro Social se iba a acabar, que en cambio en la AFP se podía pensionar a la edad que eligiera y que si ella faltaba la pensión la disfrutarían sus hijos, entregándole un formulario pre diligenciado, pero no le informaron que sus recursos pasarían a un fondo de inversión, tampoco que la AFP se quedaría con una parte de sus recursos. Indicó que se acercó a Colfondos averiguar por su situación pensional y allí, le informaron que el saldo con el que contaba no le permitía acceder a la pensión y que le devolverían una suma de dinero que se determinaría luego de descontar los gastos de administración. Indicó que no recibe extractos y que en el momento tiene una mayor comprensión del sistema de pensiones por la asesoría que ha recibido de abogados, más no del fondo de pensiones.

A solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Martha Isabel Puerto Mora, quien no estuvo presente en el momento de la afiliación de la demandante por lo que su dicho no aporta mayores elementos probatorios al proceso.

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

Pues, conforme al escrito de demanda, y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del

Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

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

Sin costas en 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 24 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le 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.

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 RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

actuar con voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CONSUELO INIRIDA DÍA CELY

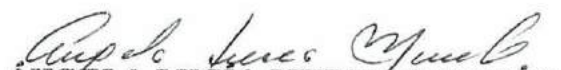
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 032 2018 00294 02

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 30 2019 000289 01
DEMANDANTE: MARCELA TELLO - JORDÁN SARRIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 163, 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 164 a 178).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Old Mutual contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1º de julio 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 con la AFP Porvenir S.A. y a Old Mutual; que se encuentra válidamente afiliada y sin solución

de continuidad a Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Old Mutual a trasladar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos y la información constitutiva de la historia laboral. A Colpensiones a anular el registro de traslado, a aceptar la afiliación, recibir los aportes y la información. Disponga a la demandada AFP Porvenir S.A. a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* los demás derechos y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de marzo de 1964 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de marzo de 1988. Refirió que el 13 de julio de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, posteriormente se afilió a Skandia hoy Old Mutual. Adujo que la AFP no le informó sobre las características de cada régimen, sus ventajas, desventajas, tampoco le realizó proyección pensional, ni le puso al tanto de los requisitos que debía acreditar para acceder a pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad. La AFP se ocupó de enunciarle que tendría una mesada superior y por el valor que quisiera, a la edad que eligiera, sin ilustrarlo acerca de los requisitos que debía cumplir para tal fin.

Menciona que su actual administradora Old Mutual le realizó proyección pensional según la cual la mesada en el régimen de ahorro individual a los 57 años será de \$2.044.000, en tanto que el Colpensiones la prestación mensual sería de \$3.148.000 (f.º 22 a 29).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la edad de la demandante y la fecha de afiliación a la entidad. Frente a los demás, manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe, la inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima media con prestación definida; la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada y las demás declarables oficiosamente (f.º 45 a 56).

Al contestar la AFP Old Mutual también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el traslado desde la AFP Porvenir. Manifestó que los restantes, no eran ciertos o no le constaban. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 75 a 91).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. también se opuso a las pretensiones. Respecto a los hechos, admitió los relacionados con las fechas de nacimiento, de afiliación al Instituto de Seguros Sociales y traslado entre fondos. Respecto de los restantes, adujo no ser ciertos. En su defensa, planteó las excepciones de prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, la falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 131 a 137).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1º de julio de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 1º de agosto de 1994 y dispuso como válidamente vinculada a Colpensiones. Condenó a las AFP Old Mutual S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados y los costos cobrados por gastos de administración cubiertos con el patrimonio de la administradora debidamente indexados. También a la AFP Porvenir S.A. a devolver debidamente indexados los gastos de administración cobrados a la demandante en el periodo de afiliación a dicho fondo. A Colpensiones a actualizar la historia laboral una vez la AFP realice el traslado de los recursos para garantizar la pensión de vejez. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas AFP Porvenir S.A. y Old Mutual (f.º 148 y 149).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró por ningún medio haber ilustrado a la

demandante de manera suficiente y clara sobre las implicaciones del traslado, las alternativas que tenía, los inconvenientes y beneficios que este acto le representaba, por ello, no puede predicarse que el traslado de régimen estuvo precedido de una voluntad libre e informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme las demandadas AFP Porvenir S.A. y AFP Old Mutual interpusieron recurso de apelación.

Porvenir S.A., indicó que no debe ser condenado a devolver los gastos de administración, pues al absolver interrogatorio de parte la demandante confesó haber recibido información según la cual en el régimen de ahorro individual con solidaridad podía pensionarse de manera anticipada y con un monto superior, que los montos acumulados en la cuenta de ahorro individual podían ser heredables con lo que queda demostrado que la AFP cumplió con el deber de ilustrarla. Alegó que los descuentos por gastos de administración están previstos en la ley y se causan por el ejercicio o la gestión del fondo, además en el periodo en que la demandante estuvo vinculada, produjo una serie de beneficios, por lo que de trasladarse generaría en cabeza de Colpensiones un enriquecimiento sin causa.

Sostuvo que la demandante aceptó haber llamado a la AFP Old Mutual para constituir un fondo de pensiones voluntarias y unificar sus productos en dicha AFP, con lo cual se demuestra que la afiliación de la demandante fue un acto voluntario y los asesores no están llamados a desestimular ninguna petición de afiliación. Además, debe tenerse en cuenta que el traslado de Horizonte a Old Mutual es muestra de una ratificación expresa de la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Finalmente, argumentó que, debe ser absuelta de pagar las costas del proceso, al actuar de buena fe y por haber confesado la demandante

confesó ser ilustrada y realizar actos de ratificación de su afiliación al régimen de ahorro individual.

Old Mutual por su parte indicó que debe ser revocada la condena a reintegrar los gastos de administración debidamente indexadas, pues su cobro esta previsto en el Decreto 692 de 1994 y la Ley 100 de 1993 el cual cubre no solo la gestión del fondo sino a garantiza la rentabilidad mínima y el financiamiento de las pensiones de invalidez o sobreviviente. Preciso que la comisión de administración no está destinada a financiar la pensión de vejez y enviar estos rubros a Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa de parte de la entidad, que no va a poder cumplir de manera retroactiva de administrar los recursos de la demandante.

Manifestó que no es procedente realizar el pago indexado de los gastos de administración, como quiera que la administradora generó rentabilidad en la cuenta de ahorro individual, por ello los recursos allí consignados no han sufrido detrimento con el paso del tiempo.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es viable 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 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía, que la promotora del juicio nació el 26 de marzo de 1964, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 204.27 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 3 y 61 Cd expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 13 de julio de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 149), Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A

desde el 1º de agosto de 1994 a 31 de julio de 1999; el 1º de agosto de 1999 al 31 de marzo de 2001 a Horizonte y a partir del 1º de abril de 2001 en adelante a la AFP Old Mutual (f.º 92 y 141).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que para el momento del traslado trabajaba para British Petroleum como secretaria de gerencia en la que se llevó a cabo una reunión duró aproximadamente 1 hora, en la que les comentaron que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que la opción era trasladarse a un fondo pero no les explicaron las ventajas o desventajas que acarrearía. Por el contrario, le aseguraron que se pensionaría con mayor dinero y a la edad que quisiera. Dijo que al finalizar se reunió con el asesor de Porvenir que diligenció el formulario, limitándose a firmarlo que no recuerda haberse trasladado de Horizonte a Porvenir y expuso que aunque le llegaban extractos de manera física, nunca los leyó porque no los entendía y no se acercó a que le explicaran como interpretarlos por estar muy lejos de la edad de pensión. Finalmente, que se trasladó a Skandia por sugerencia de su padre quien le envió un asesor para que unificara sus productos en dicho fondo, al tener un portafolio de pensión voluntaria que abrió como un CDT, pero no con la intención de pensionarse de manera anticipada.

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, 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).

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. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo, 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). En consecuencia, la sentencia analizada será confirmada en estos puntos.

Ahora bien, como quiera el Juez 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.

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.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Old Mutual. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y en el presente asunto la AFP resultó vencida.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 1 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta 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 *30-2019-00289-01*
rehabilitación de vto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARCELA TELLO JORDAN SARRIA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 030 2019 00289 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de 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 030 2019 00165 01
DEMANDANTE: ANA CECILIA CALDERÓN TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., efectuada el 13 de diciembre de 1994. Así como el traslado a Protección S.A. y a Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colpensiones a registrar la afiliación en el régimen de prima media como si nunca se hubiere trasladado. Se disponga a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses debidamente indexados. También 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 23 de mayo de 1960 y desde el año 1984 hasta el 31 de diciembre de 1994 cotizó 504 semanas. Adujo que un ejecutivo de Porvenir S.A. le propuso trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin darle una información completa y comprensible acerca de las consecuencias del cambio, los requisitos para obtener la garantía de pensión mínima, tampoco le realizó una proyección del monto pensional que obtendría, le indicó que el monto de su pensión sería superior al que ofrecía el Instituto de Seguro Social, entidad que además aseguró desaparecería y, por ello, se exponía a perder sus aportes.

Dijo que con posterioridad realizó traslados a otras AFP como ING, Protección S.A. y finalmente se vinculó a Colfondos S.A., no obstante, ninguna de ellas le ofreció un panorama claro, completo y comprensible de su situación pensional. Refirió que solicitó a los fondos en que estuvo afiliado información acerca de su vinculación, en respuesta Porvenir S.A. el 5 de junio de 2018 le indicó que suscribió que el formulario de afiliación fue suscrito el 13 de diciembre de 1994 y que la asesoría fue proporcionada de manera verbal. Protección S.A. manifestó que no tiene afiliación activa con esta AFP y Colfondos S.A. el 6 de junio de 2018 señaló haber dado la información correspondiente en el momento de la asesoría, igualmente, le calculó la pensión bajo la modalidad de ahorro programado en cuantía mensual de \$884.818.

Finalmente, señaló que reclamó administrativamente ante Colpensiones negándole el traslado de régimen al no ser procedente en su caso (f.º 98 a 107 y 111 a 121 subsanación).

Al responder a la demanda, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente el relacionado con el

natalicio de la actora. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa, de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 135 a 144).

Al contestar la **AFP Colfondos S.A.**, también se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, edad de la demandante, la solicitud realizada a las AFP y su respuesta. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, 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 de traslado, la compensación y pago, y las demás declarables oficiosamente. (f.º 175 a 190)

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento y traslado de la demandante a la AFP ING, la edad de la demandante, la solicitud realizada a las AFP y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; la buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; el traslado de aportes y las demás declarables de oficio (f.º 218 a 239).

Al responder la **AFP Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la edad de la accionante, las peticiones presentadas y su respuesta. Frente a los restantes hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones, de la demanda propuso las excepciones de

prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 263 a 270).

En audiencia de conciliación de que trata el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la parte demandante desistió de la pretensión de indexación respecto de la demandada AFP Colfondos S.A. y esta a su vez, se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 280).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de julio de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. en enero de 1995 y sus posteriores traslados a ING, hoy Protección S.A. y Colfondos S.A. Declaró que se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Condenó a Colfondos S.A. devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y costos cobrados por concepto de administración sin indexación alguna por pacto entre las partes. Dispuso a Porvenir S.A. y a ING, hoy Protección S.A. a devolver debidamente indexados a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada AFP. Igualmente, a Colpensiones a actualizar la información de la historia laboral para garantizar el derecho a la pensión. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas Porvenir S.A. y Protección S.A. (f.º 280 a 282).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el traslado tenga plenos efectos, requiere que exista una decisión informada, autónoma, consciente y verificable, según el potencial afiliado acerca de los riesgos del traslado y beneficios. Así las cosas, 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.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** apeló al argumentar que los gastos de administración son cobrados por disposición legal con los que se paga a la aseguradoras las primas correspondientes con el objetivo de cubrir las contingencias derivadas de la invalidez y muerte. Arguyó que el dinero girado por dicho concepto se encuentra ya en manos de un tercero, y condenar a la AFP a devolver estas sumas generaría un detrimento patrimonial para la administradora y un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

Colpensiones sostuvo que la asesoría brindada en el momento del traslado, debe ser valorada con base en la normatividad vigente para la época, esto es, el Decreto 692 de 1994. Además que la demandante realizó traslados entre distintas administradoras en el RAIS, por lo que ratificó su deseo de permanecer en este régimen.

Arguyó que el entonces Instituto de Seguros Sociales, respetó los términos de traslado previstos en la ley y que autorizar el traslado a Colpensiones vulnera el principio de sostenibilidad financiera.

Por su parte, **Protección S.A.** argumentó que los costos de administración son descuentos autorizados por la ley y están destinados a cubrir gastos de administración y pagar la prima de seguro provisional, por ello, al ordenar girar estos dineros se genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, entidad que contaría con un dinero que no está destinado a financiar la pensión de vejez.

Indicó que por efecto de la declaratoria de nulidad las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían de no haber

existido el acto o contrato nulo y en virtud de las restituciones mutuas cada extremo debe hacerse responsable de la pérdida de la especie o su deterioro, de los intereses, frutos y de las mejoras útiles. En consecuencia, no puede desconocerse que la administración de la cuenta individual de la demandante produjo unos rendimientos por lo que debe conservar los gastos que la misma requirió.

Al punto, indicó que debe darse aplicación al concepto emitido por la Superintendencia Financiera el 17 de enero de 2020, según el cual al declararse judicialmente la nulidad o ineficacia del traslado se debe trasladar el saldo en cuenta individual, los rendimientos y los porcentajes correspondientes al fondo de garantía de pensión mínima.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la 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.

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 mayo de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años de edad y 481,43 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 4 y 5). 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 13 de diciembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 16), el cual se hizo efectivo el 1º de enero de 1995, según historial de vinculaciones de folio 208.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que recibió asesoría e forma individual en la planta de Cervecería Leona en el municipio de Tocancipá. Manifestó que el asesor le dijo que el Seguro Social se iba a acabar y que con el tiempo se tendría que pasar a un fondo privado el que le ofrecía garantías como mayor rentabilidad y pensionarse

más joven. Confesó que no se acercó a las instalaciones del Seguro Social para verificar la información, porque como esta entidad nunca se hizo presente en la empresa creyó que efectivamente se iba a liquidar. Expuso que su deseo de retornar a Colpensiones radica en que cuenta con la edad para acceder a la pensión y con el monto que recibe en el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no le alcanza para tener la calidad de vida de la que actualmente goza. Confesó que recibe extractos de Colfondos, pero aclaró que no los entiende.

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, 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. a la cual se encuentra afiliada actualmente 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. Se precisa que no es posible eximir a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración en el periodo en que estuvo vinculada a cada uno de estos fondos, 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). En consecuencia, la Sentencia será confirmada en este punto.

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

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: MODIFICAR el numeral primero la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta 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 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

allocución de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA CECILIA CALDERON TORRES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 030 2019 00165 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de 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 029 2019 00138 01
DEMANDANTE: FERNANDO ESTUPIÑAN GROSSO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 03 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Protección S.A. y el posterior traslado realizado a la AFP Old Mutual. En consecuencia, se ordene el retorno del accionante al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta individual. 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 05 de marzo de 1955 y cotizó al régimen de prima media desde julio de 1979 que al 1º de abril de 1994 contaba con 294 semanas de cotizadas y 39 años de edad. Refirió que en el mes de septiembre del año 1995 fue abordado por una asesora comercial de la AFP Protección S.A quien lo persuadió para trasladarse y, para ello, le manifestó que tendría derecho a bono pensional, podría pensionarse a cualquier edad, también que al trasladarse en caso de fallecimiento la pensión quedaría a sus herederos, además, le infundió miedo porque le dijo que Instituto de Seguros Sociales se acabaría. Adujo que la asesora no le puso de presente las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, tampoco le explicó cómo podría acceder a todos los beneficios que le ofreció, pues no le realizó ningún tipo de proyección pensional.

Indicó que en noviembre el año 2006 fue abordado por un asesor comercial de la AFP Old Mutual S.A. quien lo persuadió para trasladarse a dicho fondo, pero no lo orientó para regresar al régimen de prima media a sabiendas que para la época aún podía hacerlo. Luego, en 2008 se trasladó nuevamente a la AFP Protección S.A, la que no le informó la forma en que se calculaba la pensión en el RAIS.

Expuso que el 24 de mayo del año 2018 reclamó administrativamente ante Colpensiones el cambio de régimen, el cual fue negado. En la misma fecha solicitó información y aclaración sobre el traslado a la AFP Protección S.A. y el 22 de junio de 2018 ante la AFP Old Mutual, las que apenas dieron respuesta parcial (f.º 60 a 81).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y edad del accionante, la fecha en la que empezó a cotizar a pensión, al igual que el número de semanas cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia de la obligación y

del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables de oficio (f. º86 a 92).

Al contestar la AFP protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio y edad del accionante, la data en que empezó a cotizar a pensión, la afiliación a la AFP en el año 1995 y la petición presentada. En defensa, de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del perjuicio causado por la AFP Colmena hoy Protección S.A; la declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP protección S.A.; la buena fe por parte de la AFP protección S.A.; la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o eficacia de la obligación; la inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 133 a 141).

Por su parte, la AFP Old Mutual S.A también se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, acepto únicamente que respondió solicitud elevada por el accionante. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación; la falta de legitimación en la causa por pasiva; la buena fe; ausencia de vicios del consentimiento; la validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Old Mutual S.A.; la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; la compensación y pago y las demás declarables oficiosamente (f.º 159 a 176).

Finalmente, AFP Colfondos S.A. manifestó que no se opone a los hechos y pretensiones ya que, evidencia que fue mencionada por error en la demanda. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada (f.º 196 a 199).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 03 de agosto de 2020, declaró ineficaz la afiliación a la AFP Protección S.A. realizada por el actor el 02 de octubre de 1995. En consecuencia, declaró para todos los efectos legales que el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual le concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Dispuso a Colpensiones recibir de la AFP Protección S.A. el traslado de recursos y actualizar la historia laboral. Desvinculó a la AFP Colfondos S.A y absolvió a la AFP Skandia (f.º 203 y 204).

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 al cumplimiento del deber de información, circunstancia que no acreditó en juicio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la parte demandante y la demandada AFP Protección S.A. interpusieron recurso de apelación.

La parte accionante imploró que las demandadas deben ser condenadas a pagar las costas del proceso por haber resultado vencidas en juicio.

Por su parte, **Protección S.A** arguyó que la sentencia ordena la devolución de los recursos existentes en la cuenta individual sin descuento alguno, lo que no es procedente porque a los aportes realizados por el demandante se les ha realizado un descuento previsto en el artículo 20 de

la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 del año 2003, del 3% para cubrir los gastos de administración y el pago del seguro provisional a la compañía de seguros. Preciso que como quiera que se ordenó la devolución de rendimientos no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración porque ello constituye un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones y una vulneración a la AFP que actuó de buena fe.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

régimen del 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 perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 24 de agosto de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad y 220.25 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 97 Cd expediente administrativo). 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 27 de septiembre de 1995, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Protección S.A.(f.º 16). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el accionante estuvo afiliado a la AFP Protección S.A. desde el 1º de octubre de 1995 al 30 de noviembre de 2.000; a la AFP ING del 01 de diciembre de 2000 al 30 de abril de 2004, nuevamente estuvo afiliado a la AFP Protección S.A a partir del 01 de mayo de 2004 al 30 de noviembre de 2006; a la AFP Old Mutual desde el 01 de diciembre de 2006 al 31 de marzo de 2008 y del 01 de abril de 2008 en adelante a la AFP Protección S.A. según historial de vinculaciones de folio 132.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que en el año 1995, la compañía para la que trabajaba lo convocó a una reunión grupal en la que le indicaron que había un nuevo modelo de pensiones en

el cual iba a tener una pensión más alta, a cualquier edad, que los hijos podrían heredar, recibiría un bono personal y le precisaron que el ISS se iba a acabar. Confesó que firmó la solicitud de vinculación que se trasladó entre fondos privados por orientación del área de recursos humanos de las empresas en que laboraba.

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 H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a el 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 el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

Por tanto, la AFP Protección 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 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 confirmará el fallo analizado.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Old Mutual de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración mientras el demandante estuvo afiliado a dicho fondo privado, 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). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

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

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

pensional del 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.

i) Del recurso de apelación de la parte demandante

El artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará en costas a la parte vencida en juicio, por lo que no hay razón alguna para absolver a la demandada AFP Protección S.A., por este concepto, pues al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones y el traslado de régimen pensional que realizó el demandante fue declarado ineficaz por lo que resultó condenada.

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: REVOCAR el punto octavo de la sentencia proferida el 03 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a la AFP Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado al actor mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia apelada, para en su lugar, condenar a la demandada AFP Protección S.A. a pagar las costas de primera instancia.

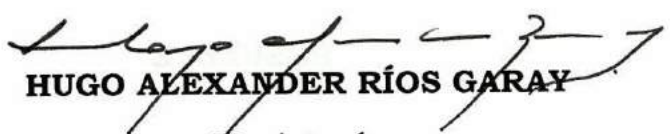
CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

*declaración de voto infructuoso
salvamento de voto costas en primera instancia*

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



ACLARACIÓN Y SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

DEMANDANTE: FERNANDO ESTUPIÑAN GROSSO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00138 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 relación con la condena en costas, se presenta salvamento porque si bien de conformidad con el artículo 365 del CGP la parte vencida en el proceso debe ser condenada en costas, también lo es que el juez se encuentra facultado para abstenerse de condenar en costas por las situaciones indicadas en el mencionado artículo y en el presente caso se puede observar que aun cuando se declara la ineficacia de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual por la aplicación de la jurisprudencia, lo pretendido por la parte actora fue la nulidad del traslado y en el proceso no se probó causal de nulidad alguna, en consecuencia, el juez se podía abstener de condenar en costas en dicha instancia y por ello ser confirmada esa decisión en esta instancia.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración y salvamento parcial de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2018 00617 01
DEMANDANTE: JAIRO ANTONIO ROJAS CASTIBLANCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 143, 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 145 a 158).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 09 de julio 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, condenar a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los aportes,

rendimientos y demás sumas entregadas para financiar la pensión. Igualmente, disponga a la AFP a pagar cualquier diferencia económica que surja para financiar la pensión en el régimen de prima media con prestación definida, 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 22 de noviembre de 1958 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales 592 semanas. Adujo que los asesores de Porvenir S.A. le indicaron que el ISS se encontraba debilitado, no podía responder a todos los pensionados y que por tal razón se había creado la Ley 100 de 1993. También que podía acceder a la pensión de vejez sin acreditar semanas ni una edad mínima, tan solo ahorrando el 110% del capital que se requería para pensionarse con un salario mínimo, pero no le informó la suma que debía acumular para tal fin. (f.º 26 a 58).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales y la vinculación actual a Porvenir. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de la inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, el cobro de lo no debido, la buena fe, la prescripción, y las demás declarables de oficio (f.º 65 a 68).

Al contestar la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de natalicio del demandante, el traslado a Porvenir y su actual afiliación. Sobre los restantes manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones formuló las excepciones de la prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, la buena fe, la compensación, el cobro de lo no debido y las demás declarables oficiosamente (f.º 79 a 90).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 09 de julio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Porvenir S.A. suscrita el 8 de septiembre de 1997. Asimismo, que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con Solidaridad y que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a Porvenir a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual concedió un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros, como cotizaciones y rendimientos, y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 129 y 130).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación al argumentar que conforme al criterio jurisprudencial cada caso tiene que ser analizado en concreto, por lo que debe hacerse una revisión exhaustiva de las pruebas. En el presente asunto el demandante suscribió formulario para realizar aportes voluntarios, con lo cual se demuestra que hubo una asesoría posterior a la afiliación inicial y que la AFP se mantenía en contacto con el usuario, por lo cual no puede predicarse una falta de información.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la 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 Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 22 de noviembre de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad y 402.82 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 60 Cd expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 8 de septiembre de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 94), el cual se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1.997, según historial de vinculaciones de folio 96.

Al absolver interrogatorio de parte señaló que en 1997 se encontraba en proceso de vinculación a la Secretaria de Hacienda luego de haber superado el concurso de méritos, y allí se dio su afiliación a la AFP Porvenir, por sugerencia de la empleadora. Adujo que los asesores de Porvenir citaron a 35 o 40 personas donde les informaron que el Seguro Social se encontraba en proceso de liquidación, por lo que le convenía trasladarse al Fondo Privado. Le aseguraron que tendría asesoría permanente, personalizada y de calidad y que sus recursos estarían garantizados gracias a la solvencia económica del fondo. Aseguró que, aunque la información que le proporcionaron fue mínima, para el momento existía mucha publicidad de los fondos privados y eso le generó confianza. Confesó que firmó un formulario de aportes voluntarios cuando los asesores de la AFP se acercaron a actualizar datos, también que no utilizó los servicios de atención personalizada y no hizo seguimiento después de haber firmado el formulario.

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión en este punto pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó la devolución de gastos de administración.

Resulta importante señalar 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.

No se causan costas en la consulta.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero la sentencia proferida el 09 de julio de 2020, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que la AFP Porvenir además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de 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.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 29-2018-00617-01
actación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIRO ANTONIO ROJAS CASTIBLANCO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 029 2018 00617 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de 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 036 2018 00330 01
DEMANDANTE: YOLANDA BLANCO PARDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida que manejaba el ISS hoy día Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Colpensiones realizar la activación de la accionante en el sistema de prima media. Asimismo, se disponga al fondo al fondo Porvenir S.A. a devolver los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados. A condenar a Colpensiones a tramitar el recaudo de los dineros que posee

Porvenir S.A. Se condene a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de marzo de 1960 y cotizó 981 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 17 de julio de 1978 hasta el 31 de julio de 1999. En septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A. la que no le suministro la información ni la asesoró, pues no le proporcionó información clara, completa y cierta sobre las características del régimen, tampoco le realizó un cálculo actuarial que le permitiera establecer el monto de la mesada que obtendría, ni le informó que de sus cotizaciones serían descontados unos porcentajes para efectos de cubrir gastos de administración.

Refirió que el 27 de octubre de 2017, radicó solicitud de nulidad del traslado ante Porvenir S.A. y Colpensiones, no obstante, las administradoras contestaron de forma negativa (f.º 1 a 32, 79 a 108 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de todas las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, las cotizaciones realizadas al Instituto de los Seguros Sociales, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. 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 las costas en instituciones administradoras de seguridad social del ordenen público y las demás declarables de oficio (Expediente digital f.º 129 a 162).

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con el traslado de régimen, las peticiones presentadas a la

AFP y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa, de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; la buena fe; la prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (Expediente digital f. º 190 a 215).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la demandante. En consecuencia, se condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual que incluyan cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. (Expediente virtual).

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 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 suplicó, la revocatoria de la sentencia al no ser la demandante beneficiaria del régimen de transición, por lo que no tenía una expectativa legítima de pensionarse en el régimen de prima media con

prestación definida, además, se trasladó al régimen de ahorro individual de manera libre porque le ofrecieron ventajas que no tenía con el Instituto de Seguro Social, como que se podía pensionar a una menor edad y que su ahorro sería ideal. Precisó que la demandante aceptó que recibió asesoría con lo cual queda demostrado que la AFP cumplió con su deber de brindarle información.

Alegó que el despacho debe tener en cuenta el nivel académico y profesional de la demandante, ya que la H. Corte Suprema de Justicia en su precedente habla de la importancia de un afiliado experto, el cual aplica para el caso, dado que la accionante es una persona profesional que tiene las condiciones para conocer las consecuencias de un negocio jurídico por lo que no se puede decir que se configuró un engaño.

Finalmente, alegó que con el traslado se causa una descapitalización del fondo común al permitir que personas que no han contribuido en el mismo accedan a una pensión de vejez, lo que además va en contra del principio de sostenibilidad financiera.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** sostuvo que la accionante refiere que su empleador la presionó para que efectuara el traslado de régimen pero, no allega prueba alguna con la cual demostrar tal hecho. Alegó que la sentencia desconoce que conforme al Decreto 2241 del 2010, el consumidor financiero tiene unas obligaciones y deberes de diligencia respecto de su futuro pensional, no obstante, la aquí demandante actuó con desinterés.

Arguyó que gracias a la gestión adelantada por la administradora, la cuenta individual de la afiliada generó unos rendimientos, por lo cual no debe ser obligada a devolver los gastos de administración, pues, estos junto con las primas de seguros previsionales ya se encuentran causados y ninguno de estos rubros sirve.

Alegó que si lo que se pretende es que las cosas vuelvan a su estado inicial como si nunca se hubiese dado el traslado, la AFP tiene derecho a

que los rendimientos que generó sean debidamente indexados al amparo de lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil que trata de las restituciones mutuas. Arguyó que actuó de buena fe por lo que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la 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 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 marzo de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años de edad y 707.96 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 33 y expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 27 de julio de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 60), el cual se hizo efectivo el 1º de septiembre del año 1.999, según historial de vinculaciones de folio 218.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que era ingeniera de sistemas para la época en que se produjo el traslado, su jefe llegó a su puesto de trabajo con un asesor de Provenir S.A. a decirle que tenía que trasladarse de régimen porque el Seguro Social se iba a acabar, que le convenía porque no tenía esposo y si moría la pensión pasaría a su hija. Dijo que en ese momento no se cambió, pero luego uno de sus jefes le dijo que tenía que trasladarse porque Porvenir era del grupo AVAL al igual que la empresa para la que trabajaban y, por ello, firmó el formulario de vinculación al igual que lo hicieron varios de sus compañeros. Dijo que para el año 2008 cuando tenía 48 años solicitó regresar al régimen de prima media. Confesó que le llega extractos de Porvenir S.A. y que no se acercó a un fondo porque se encontraba planamente confiada de lo que le habían dicho.

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 de que los fondos privados son 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. Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo analizado.

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 la sentencia proferida el 14 de agosto 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 *asociada de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: YOLANDA BLANCO PARDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 036 2018 00330 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por 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, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, 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 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 se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada