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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 011 2018 00132 01
DEMANDANTE: JAIME JOSÉ GRANADOS VILLAREAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de octubre 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 e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A realizada en el mes de febrero de 1999. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladas a Colpensiones todos los aportes y/o valores que hubiere recibido en la cuenta individual con la inclusión con las cotizaciones, bonos pensionales, costos de administración y sus respectivos rendimientos. A Colpensiones a aceptar el traslado y todos los valores remitidos por la AFP. Se condene patrimonialmente a la AFP por la responsabilidad en los perjuicios causados. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que

haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de mayo de 1958, inició a cotizar a pensiones el 11 de marzo de 1982 y acreditó en prima media 716.57 semanas. Al 1° de abril de 1994 contaba con 35 años y había cotizado por más de 10 años a pensión.

Adujo que la AFP conocía sus antecedentes laborales y salariales, no obstante, no le informó sobre las características, ventajas, desventajas y consecuencias del traslado, tampoco sobre la posibilidad de regresar a prima media, pues el asesor se limitó a decirle que el Seguro Social iba a quebrar y desaparecer. La AFP Porvenir S.A. le realizó proyección pensional según la cual la mesada en el RAIS a los 58 años sería de $2.029.800, entre tanto, en Colpensiones ascendería a $7.400.000. El 4 de mayo de 2009 solicitó a Porvenir el regreso al régimen de prima media, pero la AFP le contestó que no era posible porque se encontraba a menos de 10 años de alcanzar la edad de pensión (f.° 4 a 27).

Al dar respuesta, la **AFP Porvenir S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento e inicio de cotización a pensiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la mala fe del demandante, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la prescripción y la ausencia de responsabilidad atribuible a la AFP (f.° 80 a 102).

Al contestar, **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio del accionante, las semanas cotizadas para la fecha de traslado y el empleador ai que se encontraba vinculado, la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, 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 y las demás declarables oficiosamente (f.°139 a 159).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de octubre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante a la AFP Porvenir S.A. en el año de 1999. Declaró que para todos los efectos legales nunca se trasladó de régimen y siempre permaneció en prima media. Condenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante como aportes, cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales con intereses y rendimientos causados en los términos del artículo 1746 del Código Civil. Ordenó a Colpensiones admitir el traslado con sus respectivos aportes. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones en su contra que dan cuenta de la solicitud de perjuicios. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Porvenir S.A. (f.° 72 a 75).

Como sustento de su decisión, señaló que el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, dispuso acerca del derecho que les asiste a los trabajadores de escoger libremente entre uno y otro régimen pensional, manifestándose por escrito al momento de la vinculación o traslado. Asimismo, que la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido en línea jurisprudencial que está en cabeza de los fondos privados el deber de buen consejo e ilustración suficiente al potencial afiliado, lo cual no fue probado en este proceso.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.**, argumentó que el demandante confesó haber recibido la asesoría en el momento del traslado, además que le fueron realizados los cálculos con cada uno de los regímenes. Adujo que no es procedente la devolución de gastos de administración, pues fueron descontados al amparo de la ley y como respuesta al manejo profesional de la cuenta individual adelantado por la AFP.

Por su parte, **Colpensiones** imploró revocar la sentencia porque quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, ya que al ordenar el traslado se genera una afectación en la planeación del fondo común, pues se tendrá que reconocer prestación a una persona que no ha aportado a prima. Refirió que, en caso de mantenerse en firme, se considere la realización de un cálculo actuarial a cargo del fondo o del demandante para evitar la descapitalización del sistema (sentencia SU 062 del 2010).

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 esta Colegiatura 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 16 de mayo de 1958, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 35 años y 472,13 semanas cotizadas a Colpensiones (f.° 40 y 57) Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y densidad de cotizaciones.

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 26 de febrero de 1999, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A a folios 30 y 106. El que se hizo efectivo a partir del 1° de abril de 1999 (f.° 107).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que es arquitecto, para la época del traslado trabajaba para Convinor LTDA, a la que llegó un asesor de Porvenir llamado Carlos Pedraza quien le informó que el Seguro Social se iba a acabar, tenía un muy mal servicio, el Estado no podía responder por las pensiones de manera adecuada y que su mejor

opción era pasarse a un fondo de pensiones privado. Adujo que el asesor llenó los datos en el formulario y le entregó una proyección, posteriormente, firmó el formulario. Manifestó que no acudió a verificar la información sobre el Seguro Social porque era muy difícil comunicarse con ellos. Indicó que conocía las condiciones para pensionarse en el ISS y que en el año 2009 intentó regresar a prima media, pero esta solicitud le fue negada.

A solicitud de la parte actora se decretó y practicó el testimonio de Liliana Oliveros, quien manifestó que era quien manejaba la nómina de la empresa Convinor LTDA, asistió a la reunión con el asesor de Porvenir Carlos Pedraza, la cual duró 10 minutos, realizada de manera individual donde se argumentó que el Seguro Social se iba a acabar, que podía pensionarse en el momento que quisieran y la pensión iba a ser mejor. Indicó que para el año 2009 realizó una llamada para verificar el traslado del demandante al régimen de prima media, que estaba dentro de sus funciones de la empresa, pero le dijeron que fue negada porque se había pasado la edad para trasladarse, no obstante, no iniciaron ninguna acción legal para hacerlo efectivo, porque el trabajador no lo solicitó. Refirió que fue ella quien diligenció el formulario para trasladarse en el año 2009 y que actor lo firmó.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A., incumplió 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 al 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.

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 de que el fondo privado se iba a liquidar, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra afiliado actualmente el accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado por lo que la sentencia será conformada 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 expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de octubre de 2020, 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 y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 11 2018-00132-01
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JAIME JOSE GRANADOS VILLAREAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 011 2018 00123 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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 09 2018 00210 01.
DEMANDANTE:	RAÚL REYES BERNAL
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene el retorno al régimen de prima media y a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los saldos o aportes consignados en la cuenta de ahorro individual. Asimismo, se disponga a Colpensiones reconocer la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990 a partir del 2 de diciembre de 2013, junto con los intereses moratorios y la indexación. Igualmente, condenar a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y *petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 2 de diciembre de 1954, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde mayo de 1981, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 40 años de edad y para el 25 de julio de 2005 con más de 750 semanas cotizadas. Adujo que el 14 de julio de 1997, el asesor comercial de la AFP le informó que al trasladarse no perdía ningún beneficio, no obstante, no le entregó información por escrito, ni le realizó comparativos o proyecciones.

Refirió que desde hace cuatro años gestiona ante Colpensiones y la AFP la nulidad del traslado, la cual ha sido negada, también respecto de la solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez (f.° 31 a 46).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la edad que tenía a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, la vigencia del estatuto financiero al momento del traslado, la solicitud de cambio de régimen y su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, la imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.° 64 a 70).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A**. se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, admitió el natalicio del demandante, la vigencia del Estatuto del Consumidor y la negativa frente a la solicitud de cambio de régimen. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa, la inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, la debida asesoría del fondo y las demás declarables oficiosamente (f.° 93 a 107).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de agosto de 2020 declaró la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Colpatria hoy Porvenir, realizado el 14 de julio de 1997. Ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual, sin descuento por gastos de administración, seguros de invalidez y sobrevivientes. Dispuso a Colpensiones reactivar la afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados, condenó a esta entidad a reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 1° de noviembre de 2018, en cuantía inicial de $1.739.063 a razón de 13 mesadas al año. A pagar como retroactivo causado entre el 1° de noviembre de 2018 y el 31 de julio de 2020, la suma de $41.581.794, junto con las mesadas que se causen en lo sucesivo y hasta que se produzca la inclusión en nómina. Autorizó a Colpensiones a realizar los descuentos correspondientes al sistema de salud. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones y le impuso costas a Porvenir S.A. y a Colpensiones (f.° 174 a 177).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones argumentó que la simple manifestación de inconformidad respecto del monto de la pensión a recibir no constituye

prueba de un engaño o que se le haya proporcionado información inadecuada. Sostuvo que para el momento en que el demandante se trasladó los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones de este acto jurídico.

Adujo que lo ocurrido fue un descuido y desinterés del actor quien de manera libre y voluntaria decidió continuar por varios años en el RAIS y no puede trasladarse ahora cuando está inmerso en la prohibición temporal prevista en la Ley 797 de 2003. Finalmente, expuso que sólo puede ser condenada a responder por la pensión cuando sean trasladados los recursos para financiar la pensión.

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A**. indicó que la aplicación de la jurisprudencia como criterio auxiliar debe estar en consonancia con lo dispuesto en la ley, por ello, en el presente caso no es procedente ordenar el traslado del actor, al encontrarse a menos de 10 años de acceder a la pensión, es decir, inmerso en la prohibición prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 declarada exequible por la H. Corte Constitucional en el entendido que protege a los regímenes de la descapitalización y promueve la estabilidad del sistema. Además, que para la época en que se produjo el cambio la AFP sólo estaba obligada a adelantar la suscripción del formulario, sin que sea dable exigirle ahora acreditar situaciones que fueron reculadas con posterioridad.

Argumentó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, pues conforme a la jurisprudencia debía acreditar 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994 y el actor apenas contaba con 711 semanas, por lo que al trasladarse al RAIS perdió dicho beneficio. Refiere que la Ley 100 de 1993, dispuso el descuento de las cuotas de administración, por tanto, no es procedente su devolución, máxime cuando la gestión de la AFP generó rendimientos y porque en el periodo de vinculación el actor estuvo cubierto por los riesgos de invalidez y muerte.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. **CONSIDERACIONES**

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor y si le asiste el derecho a que le sea reconocida la pensión de vejez en los términos previstos en el Decreto 758 de 1990.

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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado

(Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

(i) De la ineficacia del traslado.

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 2 de diciembre de 1954, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 40 años y 612.54 semanas cotizadas a Colpensiones (f.°27 y 55 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor si es beneficiario 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 14 de julio de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.°93), el cual se hizo efectivo el 1° de septiembre de 1997, según historial de vinculaciones de folio 75.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el momento del traslado se encontraba en su lugar de trabajo, en el corredor antes de entrar al casino para almorzar con aproximadamente 300 personas, allí dos asesores de la AFP les repartieron unas hojas y les dijeron que podían firmarlas, luego se fue a almorzar y como a las 4:00 p.m. la asesora pasó, recogió la hoja y le dijo que esa era la mejor elección. Aseguró que para ese momento no sabía nada sobre protección social, ni sobre cómo se transformarían las leyes.

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 al 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.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, por el contrario, el trasladarse a un régimen sin que se haya proporcionado información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional no es aceptable. 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. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Así las cosas, se condenará a la AFP a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a el demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado, lo cual se indicará en la parte resolutiva de esta providencia, dado que la declaración de ineficacia la 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 en este punto.

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

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

(ii) De la pensión de vejez.

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

Al respecto, anota la Sala que el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que la transición establecida en la Ley 100 de 1993 y demás normas que la desarrollaran no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de los trabajadores que al estar en dicho régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la referida enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa garantía hasta el año 2014.

En el presente caso, el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la

entrada en vigor tenía más de 40 años, al haber nacido el 2 de diciembre de 1953 (f.° 27), lo que permite inferir también que cumplió los 60 años el mismos día y mes de 2013, esto es, después del 31 de julio de 2010. Ahora, en cuanto a las cotizaciones, al revisar el reporte de semanas allegado por Colpensiones se verifica que con solo lo aportado a esta entidad al 31 de julio de 1997, el promotor acreditaba 784 semanas cotizadas (f.° 55 expediente administrativo). En esas condiciones, el régimen de transición para la demandante se extendió hasta el año 2014.

Determinado que el actor es beneficiario de la transición, se concluye que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, acreditó más de 1.000 semanas cotizadas según se desprende de reporte allegado por Colpensiones y el extracto aportado por la AFP Porvenir S.A. (f.°55 y 88 a 90).

Ahora, según la historia laboral allegada por la AFP Porvenir S.A., la última cotización corresponde a octubre de 2018 (f.° 90). No obstante, la Sala no tiene certeza si con posterioridad a esa data el promotor del juicio continuó con aportes, pues la relación histórica allegada por ese fondo data del 12 de marzo de 2019 (f.° 76), razón por la cual no es posible determinar la fecha a partir de la cual debe otorgarse la prestación y tampoco establecer el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada.

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, esta Colegiatura dispondrá que Colpensiones reconozca la pensión de vejez a

razón de 13 mesadas al año, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, una vez reciba el traslado efectivo de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual, más los rubros descontados por concepto de gastos de administración, incluidos aquellos porcentajes destinados a cubrir los riesgos previsionales de invalidez y sobrevivencia. Además, se declara que esta entidad bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional 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 expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, se modifica y adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 25 de agosto de 2020, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer a la demandante la pensión de vejez a razón de trece mesadas al año de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a aquel en que haya realizado la última cotización, teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación que más le favorezca conforme a lo dispuesto en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993.

SEGUNDO: MODIFICAR el punto cuarto de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que Colpensiones deberá reconocer y pagar el retroactivo a que haya lugar causado desde el día siguiente a aquel en que se efectuó la última cotización y hasta que se produzca la inclusión de la novedad en nómina de pensionados.

TERCERO: 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.

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
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RAÚL REYES BERNAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 009 2018 00210 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 07 2018 00521 01
DEMANDANTE:	TERESITA DEL NIÑO JESUS DUQUE BERNAL
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme a la sustitución de poder de folio 340, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JERÉZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y T.P. No. 289.559 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3369 de 2 de septiembre de 2019 (f.° 318 a 337).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de diciembre de 2019. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con la AFP Protección S.A. por lo que siempre ha permanecido al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. En

consecuencia, se ordene a Protección S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados. A Colpensiones a reactivar la afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP, a actualizar y corregir la historia laboral. Se disponga a Protección S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados. Subsidiariamente, implora la inexistencia del acto mediante el cual se trasladó de régimen. Se condene a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de marzo de 1960 y desde el 5 de julio de 1979 hasta el año de 1994 estuvo afiliada régimen de prima media con el Instituto de Seguros Sociales. En octubre de 1994 suscribió formulario de afiliación con Colmena, hoy AFP Protección S.A. trasladándose al régimen de ahorro individual.

Adujo que se trasladó porque el asesor le indicó que era mucho más beneficioso que estar en prima media porque tendría una condición más ventajosa, el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, una mejor y mayor monto de pensión, que su situación en ningún caso sería desventajosa frente al de prima media y solo debía firmar un documento. No obstante, no le advirtieron de los riesgos, características, ventajas, desventajas que le acarrearía trasladarse de régimen. La AFP realizó una proyección pensional a las edades de 58, 59 y 60 los cuales arrojaron un valor en la mesada pensional de $1.180.243, $1.281.667 y $1.402.531 respectivamente. El 23 de abril de 2018 solicitó traslado de régimen ante la AFP y Colpensiones, la cual fue negada por la AFP el 10 de mayo de 2017. (f.° 6 a 30).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, las entidades de derecho privado con las cuales ha laborado, la fecha que se encontró afiliada dentro del Seguro Social y la petición elevada ante la entidad. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, la prescripción, la caducidad, inexistencia de

causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. (f.° 92 a 119)

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de natalicio de la demandante, la proyección pensional realizada por la AFP, la solicitud de nulidad de traslado y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, 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; falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y las declarables oficiosamente (f.° 141 a 185)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad contenida en el formulario No. 63995 de 24 de octubre de 1994. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante con la inclusión de los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado a Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones presentadas. Ordenó a Colpensiones recibir a la accionante sin solución de continuidad desde su afiliación primigenia. Condenó en costas a las demandadas. (f.° 266 y 267).

Como sustento de su decisión, señaló que son las administradoras de fondos de pensiones quienes tienen el deber de información al momento de tramitar los traslados de los trabajadores del régimen de prima media al RAIS, según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, lo cual no se cumplió en el caso concreto.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria de régimen y no probó la existencia de los vicios del consentimiento consagrados en el artículo 1508 del Código Civil. No se allegaron pruebas que verifiquen la falta del deber de información, pues para la fecha de la asesoría no se contemplaban normas que establecieran como se debía llevar a cabo. Igualmente, la AFP actuó de buena fe bajo la observancia de las normas vigentes en el momento, y no se le probó la mala fe.

Discutió que el deber de información no exonera al afiliado de la obligación deber de concurrir debidamente informado a la asesoría porque se trata de su futuro pensional, el cual no se sustrae de la inaplicación de la ley para darle un trato desigual al afiliado. Manifestó que la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema y que los afiliados no se puedan trasladar cuando falten menos de 10 años para obtener su pensión. Además, controvirtió las costas impuestas.

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 este Colegiatura 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 la promotora del juicio nació el 22 de marzo de 1960, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 33 años y 545.67 semanas cotizadas a Colpensiones (f.° 31 y 39). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

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 26 de octubre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena, hoy AFP Protección S.A. (f.° 32). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colmena S.A desde el 1° de noviembre de 1994 a 31 de marzo de 2000; a ING S.A. desde el 1° de abril de 2000 al 30 de diciembre de 2012 y del 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección S.A (f.°202).

Fue practicado los testimonios de Aldemar Bocanegra y Carlos Garcés quienes manifestaron que conocen a la demandante hace más de 30 años porque trabajan en la misma universidad. Señalaron que para la fecha del traslado la universidad fue asediada por los asesores de los fondos privados de pensiones los que les realizaron unas reuniones privadas con duración de 15 minutos, donde les explicaron el funcionamiento de las AFP con la nueva ley, les indicaron que era bueno cambiarse del seguro social porque iba a entrar en quiebra, a colapsar el sistema y que por tal motivo se crearon los fondos privados. Asimismo, les hicieron una proyección pensional y les indicaron que podían pensionarse a los 50 años, que contaban con una cuenta individual y podían disponer de su dinero, los formularios los llenaron los mismos asesores y únicamente lo pasaban para la firma. No estuvo presente algún funcionario del Seguro Social. Indicó que no tuvo la posibilidad de realizar algún tipo de pregunta a los asesores de las AFP.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante afirmó que tiene 59 años, es administradora de empresas agropecuarias con especialización, trabaja en el área administrativa de la universidad Jorge Tadeo Lozano. Señaló que los asesores de Colmena le indicaron que el instituto de Seguros Sociales se iba a acabar por lo que debía trasladarse, nunca le dijeron que era otro régimen pensional por ahorro, sino que era el mismo sistema que le ofrecía una mayor pensión con lo que se convenció para cambiarse. Manifestó que la asesora le pidió firmar el formulario y únicamente le preguntó si tenía beneficiarios. La reunión duro entre 15 y 20 minutos, realizada individualmente. Hace 3 o 4 años tuvo conocimiento que no podía retornar al régimen de prima media e indagó sobre su mesada pensional en Protección donde sería de $1.000.000 o $1.200.000, mientras que en Colpensiones ascendería a la suma de $2.300.000 a $2.500.000.

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 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.

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

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

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

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará 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, Colpensiones resultó derrotada, pues se opuso a la totalidad de pretensiones y fue declarada la ineficacia del traslado.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de diciembre de 2019, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: TERESITA DEL NIÑO JESUS DUQUE BERNAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 007 2018 00521 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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 07 2014 00295 01
DEMANDANTE:	EMPRESA DE ENERGÍA DEL QUINDÍO S.A. E.S.P.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se reconozca en su favor el retroactivo pensional en la suma de $13.963.758, cancelado al señor José Omar Lozano Arias correspondiente a las mesadas generadas a partir del 20 de agosto de 2012 - cuando acreditó los requisitos para acceder a la pensión de vejez - hasta el 30 de abril de 2013 - data hasta la cual EDEQ S.A. E.S.P. canceló la totalidad de la mesada -. Se condene a Colpensiones a devolver los aportes pensionales realizados a pensiones desde el 20 de agosto de 2012 al 30 de abril de 2013 que ascienden a $1.615.200, junto con los intereses de mora y las costas del proceso. Además, a pagar intereses de mora y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que José Omar Lozano Arias trabajó para las Empresas Públicas de Calarcá desde el 28 de febrero de

1977 al 31 de diciembre de 1988; que entre el 1° de enero de 1989 y el 28 de febrero de 2009 prestó servicios a la Empresa de Energía del Quindío, quien mediante Circular n.° 000069 de 2006 reconoció la pensión de jubilación compartida. Señaló que la prestación estaba sometida a una condición resolutoria según la cual solo tendría vigencia hasta el momento en que el trabajador cumpliera los requisitos para acceder a la pensión legal de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales.

Refirió que el 9 de julio de 2012, la empresa notificó al señor Lozano Arias que el 20 de agosto acreditaba los requisitos para acceder a la prestación de vejez, por lo que debía iniciar los trámites para su reconocimiento. Igualmente, la Empresa de Energía remitió comunicación al ISS en el que solicitó el giro del retroactivo, adjuntando a la misma autorización autenticada suscrita por el señor Lozano Árias.

Señaló que Colpensiones mediante Resolución GNR 085320 del 1° de mayo de 2013 reconoció pensión mensual vitalicia de vejez al extrabajador a partir del 6 de marzo de 2013, en cuantía inicial de $1.511.419, por lo que la Empresa no debió asumir la carga prestacional desde el 20 de agosto de 2012 hasta el 30 de abril de 2013, aun cuando su obligación legal había desaparecido. También efectuó los aportes a pensión obligatoria en el mismo periodo. Finalmente, refirió que reclamó administrativamente el 19 de diciembre de 2013 (f.° 190 a 210 subsanación).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, únicamente aceptó el reconocimiento de la pensión de vejez y respecto de los demás adujo no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios, imposibilidad de indexación, la prescripción, la compensación y las demás declarables de oficio. (f.° 220 a 222 Carpeta expediente CD 1).

Por auto del 17 de octubre de 2014, se ordenó vincular al proceso a José Omar Lozano Arias (f.° 285 expediente digital) y mediante providencia

de 20 de agosto de 2015 (f.° 393) se dispuso su emplazamiento. Mediante comunicación del 15 de julio de 2016 Blanca Stella Damián, en calidad de cónyuge supérstite informó al Juzgado sobre el deceso del señor Lozano Arias y anexó registro civil que da cuenta del deceso el 19 de diciembre de 2015 (f.° 287 y 288). En consecuencia, mediante proveído del 26 de octubre de 2016, se ordenó vincular a los herederos determinados e indeterminados (f.°494), quienes comparecieron representados por curador *ad litem* (f.° 514 expediente digital), quien contestó sin oponerse a las pretensiones y aceptó todos los hechos (f.° 521 a 525 expediente digital, publicaciones f. 519 y 520).

A través de auto de 3 de agosto de 2018 (f.° 544 ed), ordenó vincular en calidad de sucesores procesales Harold Alexander, Leidy Marcela, María Fernanda y Omaira Vianey Lozan. Mediante auto de 31 de mayo de 2019 (f.° 565), se continuó con el trámite procesal como quiera que los herederos ya se encontraban representados en el proceso y se había contestado en su nombre.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de agosto de 2020, condenó a la demandada a pagar a la demandante el retroactivo de las mesadas pensionales canceladas al señor José Omar Lozano Árias desde el 20 de agosto de 2012 hasta el 5 de marzo de 2013, que debidamente indexada a la fecha de la sentencia equivale a $18.603.575. Condenó a Colpensiones a devolver a la demandante el porcentaje a cargo del empleador del aporte que pagó en pensión a favor del extrabajador desde el 20 de agosto de 2012 hasta el 5 de marzo de 2013 y condenó en costas a la demandada.

En sustento de su decisión, señaló que la demandante reconoció a su extrabajador una pensión de carácter compartida, por lo que tiene derecho al reconocimiento de las sumas que canceló desde el momento en que este acreditó los requisitos para acceder a la pensión legal a cargo de Colpensiones. Concluyó que la empresa estaba exonerada de realizar

aportes a pensión con posterioridad a la fecha en que el señor Lozano Arias causó el derecho a percibir la pensión.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación al argumentar que la devolución de aportes no procede porque de conformidad con la Ley 100 de 1993, es una obligación del empleador afiliar a sus trabajadores y cotizar en su favor para alcanzar el número de semanas necesarias para acceder al derecho a la pensión. Planteó que no se configura derecho a indexación o reajuste alguno, pues el afiliado no se benefició de los mismos.

IV. DE LA 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, es procedente también abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la demandada debe ser condenada a pagar a la accionante el retroactivo pensional debidamente indexado en la suma de $18.603.575, correspondiente a mesadas reconocidas al pensionado José Omar Lozano Arias. Además, si debe cancelar las cotizaciones realizadas en virtud de los aportes pensionales de su extrabajador en periodos en los que ya había acreditado los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Para dilucidar el asunto, se encuentra probado que: ***i)*** la Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P. mediante Circular n.° C0008 de 27 de

febrero de 2009, reconoció a José Omar Lozano Arias pensión de jubilación, tras haber prestado sus servicios por más de 20 años y ***ii)*** Colpensiones mediante Resolución GNR 085320 de 1° de mayo de 2013 otorgó a Lozano Arias la pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, a partir de 6 de marzo de 2013, en cuantía inicial de $1.511.419.

1. De la compartibilidad pensional

Respecto a la compartibilidad pensional el artículo 5° del Acuerdo 029, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, consagra esa posibilidad para los empleadores inscritos al Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del mismo, otorguen pensiones de jubilación reconocidas en convención, pacto, laudo arbitral o voluntariamente, siempre que continuaran con la cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el momento en que los afiliados cumplieran los requisitos exigidos por el ISS, para que a partir de ese momento los empleadores solamente tuvieran a su cargo el mayor valor respecto de la pensión reconocida.

Posteriormente, con el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, se dispuso que la compartibilidad pensional no operaría cuando en la convención, pacto, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se dispusiera expresamente.

Sobre el tema, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4080-2018, sostuvo que:

> *«Desde el punto de vista jurídico, propio de ambos cargos, el Tribunal no incurrió en error alguno al sostener que las pensiones convencionales reconocidas con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, son, en principio, compartidas con las que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, salvo que se exprese en ellas mismas que son compatibles. Tal orientación es la que se deriva expresamente de lo plasmado en el artículo 5 de la referida normativa y es la que ha mantenido de manera invariable esta Corporación a través de su jurisprudencia (Ver las sentencias CSJ SL13190-2015 y CSJ SL498-2016, entre muchas otras)».*

En un asunto similar al que ocupa la atención de la Sala, el Órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en sentencia con Radicación n.° 36995 del 9 de junio de 2010, expresó:

> *"Ahora bien, como no cuestiona el recurso que la pensión convencional no fuera compartible, es obvio que podía disponerse el giro del retroactivo de la pensión de vejez a la empresa, en cuanto tampoco fue objeto de discusión que ésta venía pagando la pensión de jubilación completa, aún después de que se causó la prestación de vejez a cargo del I.S.S.*
>
> *Ha señalado la Corte en otras oportunidades que no se trata en estos casos de una cesión de derechos como un acto jurídico por el cual un acreedor cede o transfiere voluntariamente un crédito o derecho personal, sino que lo que se presenta es un pago anticipado de la pensión de vejez a cargo del I.S.S. por parte de la entidad jubilante, que para evitarle un perjuicio al trabajador continúa sufragando el valor total de la prestación cuando ya no está a su cargo íntegramente, por haber operado la subrogación por parte del seguro social."*

En el caso bajo examen, la pensión de jubilación fue concedida por el empleador a partir de 1° de marzo de 2009, además, en el artículo primero de la Circular que concede el derecho, quedó consignado que la prestación tenía el carácter de compartida y en el artículo cuarto dispuso que *"A partir de la fecha en que el jubilado cumpla la edad requerida por la Ley para el reconocimiento del pago de la pensión por vejez por parte del Instituto de Seguros Sociales o quien haga sus veces, la Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P., sólo seguirá pagando la diferencia si esta fuese inferior desde la fecha en que se reconozca la pensión de vejez, si fuere igual o superior quedará suspendido cualquier pago por concepto de jubilación , sin necesidad de nuevo acto y así lo acepta de manera expresa el señor* ***JOSÉ OMAR LOZANO ARIAS***".

De igual forma, se evidencia que en cumplimiento al artículo 5° del Decreto 813 de 1994, la Empresa de Energía del Quindío S.A.E.S.P. realizó cotizaciones a Colpensiones en favor de José Omar Lozano Arias desde el 5 de enero de 1989 hasta el 6 de marzo de 2013, por lo que alcanzó a cotizar a lo largo de su vida laboral 1.572 semanas, según se corrobora en la Resolución GNR 085320 de 1° de mayo de 2013 (f.° 66 expediente administrativo).

Contra la citada Resolución, Lozano Arias interpuso recurso de reposición, para que le fuera reconocida la prestación a partir del momento en que realizó la solicitud de reconocimiento pensional - 21 de agosto de 2012 -, el cual fue resuelto mediante Acto Administrativo GNR 322148 de 16 de septiembre de 2014, en el que consideró que la pensión del actor es de carácter compartida y, por ello, la empresa jubilante tiene derecho al giro del retroactivo, el cual estableció en la suma de $11.192.82. Sin embargo, requirió la autorización del pensionado para proceder con la revocatoria de la Resolución GNR 085320 del 1° de mayo de 2013, por haberse reconocido el derecho en aplicación en norma diferente a la compartibilidad pensional, por lo que dejó en suspenso el pago del retroactivo, luego de advertir que en el expediente administrativo reposaba autorización suscrita por el trabajador para girar el retroactivo de su pensión de vejez a favor de la Empresa de Energía del Quindío.

En ese horizonte, no queda duda que la pensión de jubilación otorgada por la demandante si tiene el carácter de compartida. En consecuencia, la Empresa de Energía del Quindío S.A. E.S.P., tiene derecho al reconocimiento y pago de las mesadas que anticipadamente pagó a su extrabajador, las cuales se encontraban a cargo de Colpensiones como acertadamente concluyó el juez de conocimiento.

2. De la devolución de aportes.

De la lectura de la Resolución GNR 085320 del 1° de mayo de 2013, a través de la cual se otorgó la prestación de vejez a partir del 6 de marzo de 2013, se advierte que la entidad tomó en consideración 1.572 semanas y para liquidarla, según consta en expediente administrativo, tuvo en cuenta los aportes realizados desde el 15 de septiembre de 1975 hasta febrero de 2009, lo que arrojo un ingreso base de liquidación de $1.679.354, que al aplicarle una tasa de remplazo del 90%, dio una mesada pensional $1.511.419. Por consiguiente, si es procedente reintegrar los aportes realizados entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de mayo de 2013, los cuales no fueron considerados por la administradora de pensiones para establecer el monto de la mesada.

Ahora, como quiera que el Juez de conocimiento ordenó a Colpensiones devolver tan sólo el porcentaje correspondiente al empleador de las cotizaciones efectuadas desde el 20 de agosto de 2012 hasta el 5 de marzo de 2013, y la parte accionante no apeló este punto, no es procedente modificar la decisión analizada.

3. De la indexación.

Estima la Sala que la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida de valor adquisitivo por el paso del tiempo, por lo que resulta procedente la condena por concepto de indexación.

De conformidad con las consideraciones precedentes, surtido el grado de consulta y atendidos los argumentos de apelación de la demandada, se confirma la sentencia analizada en la forma antes enunciada.

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 14 de agosto de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 06 2018 00648 01
DEMANDANTE: OMAR FRANCISCO BECERRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que le sea reconocida pensión prevista en la Ley 71 de 1988 o en su defecto en el Decreto 758 de 1990 y los demás derechos que haya lugar a declarar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de junio de 1973, prestó servicios a las Fuerzas Militares - Armada Nacional desde el 8 de agosto de 1976 hasta el 1° de julio de 1977 y acumuló a lo largo de su vida laboral 1.058 semanas, de las cuales, más de 750 fueron acreditadas al 25 de julio de 2005, por lo que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993

Expuso que mediante Resolución n.° 2015-580181 negó la pensión de vejez al argumentar que, si bien contaba con el tiempo de servicios y semanas cotizadas, no acreditaba la edad mínima para acceder a la prestación. Del mismo modo, mediante Acto Administrativo 2015-9857389 de 2016, le indicó que contaba con las semanas para acceder a la pensión conforme al Decreto 758 de 1990, pero no con la edad (f.° 2 a 7).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la mayoría y dijo no ser cierto el número de semanas cotizadas a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, tampoco que acreditara los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, la buena fe, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, el cobro de lo no debido, la prescripción y las demás declarables de oficio (f. ° 39 a 54).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de junio de 2020, absolvió a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante (f.° 68).

Como sustento de su decisión, señaló que el accionante es beneficiario del régimen de transición, sin embargo, sólo alcanzó los 60 años de edad con posterioridad al 31 de diciembre de 2014, por lo que no es procedente reconocer la prestación de vejez en aplicación de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 758 de 1990.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que acredita todos los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, debe reconocérsele la prestación correspondiente.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si el señor Omar Francisco Becerra es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, por tanto, debe reconocérsele la pensión de vejez.

Para despejar la primera problemática, se verifica que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o tasa de emplazo, de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Por su parte, el parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005, dispone claramente que la transición establecida en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollaran, no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de aquellos trabajadores que al estar en tal régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de la citada reforma constitucional, a los cuales se les mantendría sus prerrogativas pensionales hasta el 31 de diciembre del 2014.

Puestas las cosas de esta manera, en el *sub examine* conforme al contenido de las Resoluciones GNR 290112 del 22 de septiembre de 2015, FNR 5468 del 8 de enero de 2016 y SUB 192278 del 19 de julio de 2018 (f.° 10 a 23), está probado que para el 1° de abril de 1994 el demandante contaba con más de 15 años cotizados, lo que lo hace beneficiario del

régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, el cual, en su caso, se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, como quiera que para el 29 de julio de 2005 acreditaba más de 750 semanas cotizadas.

Pese a lo anterior, como el promotor nació el 9 de abril de 1958, alcanzó los 60 años de edad hasta el 9 de abril de 2018, es decir, con posterioridad a la fecha límite que estableció el Acto Legislativo 01 de 2005 - 31 de diciembre de 2014 -. En consecuencia, tal como acertadamente lo concluyó el juzgado de primera instancia, no es procedente reconocer la pensión al amparo de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 758 de 1990, pues en ambos casos, el derecho se causa con el cumplimiento de los dos requisitos, tiempos de servicio o semanas cotizadas y la edad.

Así las cosas, el material probatorio no permite arribar a una conclusión distinta a del juez de primer grado, por lo que se confirma el fallo absolutorio analizado.

Sin costas en la apelación ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., 24 de junio de 2020.

SEGUNDO: Sin COSTAS 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

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 05 2019 00303 01.
DEMANDANTE: RAFAÉL MARIÑO DAZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reliquidarle la pensión de vejez por contar con más de1.250 semanas cotizadas. A pagar el incremento por tener a cargo a su esposa, junto con los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de vejez mediante Resolución GNR 100502 de 2010, cuya base de liquidación fue obtenida con el promedio de los salarios cotizados en los últimos 10 años, pese a que cuenta con más de 1.250 semanas cotizadas. Que convive con su esposa, no obstante, la demandada no reconoció el incremento por persona a cargo y reclamó administrativamente (f.° 2 y 3 expediente digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el reconocimiento de la pensión y los salarios tomados en consideración para calcular el IBL. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, la prescripción, la inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición en materia de incrementos; la buena fe y las demás declarables de oficio (f. ° 26 a 41 digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de junio de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones pretendidas. En consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y se abstuvo de imponer condena en costas.

Como sustento de su decisión, señaló que al liquidar la prestación la entidad si tomó en consideración los salarios cotizados en toda la vida laboral, pero encontró que este IBL resultaba inferior al determinado con base en los salarios cotizados en los últimos 10 años. De otro lado, consideró que los incrementos por persona a cargo desaparecieron con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que debe ser reconocido el incremento por persona a cargo, pues la sentencia SU 140 de 2019, no tiene efectos *erga omnes*, ni genera jurisprudencia de manera general, pues tan sólo se ocupó de analizar algunos casos, de los cuales no cumplían con el requisito de inmediatez. En todo caso, no fue una decisión unánime de la H. Corte Constitucional que optó por la interpretación más restrictiva del asunto.

Sostuvo que la sentencia de unificación afectó la cosa juzgada respecto de pronunciamientos del Consejo de Estado en los cuales se determinó que los referidos incrementos están vigentes y no son contrarios al ordenamiento jurídico. Advirtió que en esta misma vía ha sentado sus decisiones la H. Corte Suprema de Justicia.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales por persona a cargo o por el contrario, tal como concluyó el *a quo* al haberse causado la pensión con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, no le asiste el derecho.

Se encuentra demostrado que mediante Resolución n.° 100502 de 15 de enero de 2010, la demandada reconoció al demandante la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 28 de julio de 2009 (f °. 7 expediente digital).

Sobre la vigencia de los incrementos, conviene precisar que el criterio jurisprudencial expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, en múltiples pronunciamientos ha puntualizado que los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049/1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, se encuentran vigentes. Así puede colegirse, de las sentencias del 27 de julio de 2005 radicado 21517; del 5 de diciembre de 2007 radicados 29751, 29531 y 29741; SL5147 de 2018; SL1825 de 2019 y SL2955 de 2019, en los que se concluye que los aludidos incrementos mantienen su vigencia aún después de la promulgación de la Ley 100 de 1993, para quienes se les aplica el

mencionado Acuerdo del ISS por derecho propio o por transición, criterio que actualmente impera en dicha Corporación.

En relación con los requisitos exigidos para acceder al incremento solicitado, el artículo 21 dispone que las pensiones de vejez e invalidez se incrementarán en un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera permanente del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Al respecto, aportó el demandante como pruebas registro civil que da cuenta del matrimonio celebrado entre él y la señora Blanca Cecilia Díaz de Mariño el 31 de diciembre de 1970, documento que no informa sobre divorcio de la pareja o liquidación de la sociedad conyugal (f °. 9). Igualmente, se escucharon los testimonios de María Claudia Mora, María del Carmen Ballares Murcia y Rosa Nelly Ruiz Correa, quienes refieren conocer al demandante y su esposa desde hace muchos años, porque son vecinos, por lo que saben que nunca se han separado y conviven bajo el mismo techo. Fueron coincidentes en señalar que el actor es quien siempre ha velado por el sustento del hogar dado que la esposa no trabaja. Aseguraron que la pareja tiene cuatro hijos mayores de edad, pero no les consta que les colaboren económicamente al tener cada uno su hogar.

Así las cosas, una vez analizadas en conjunto las pruebas legalmente aportadas, se considera acreditado que la cónyuge del demandante depende económicamente de éste, evidenciándose el cumplimiento del deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso (aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues demostró los supuestos en los que fundó sus pretensiones, por lo que en principio sería procedente acceder a las mismas. No obstante, al haberse propuesto dentro de la contestación de la demanda la excepción de prescripción, dicho fenómeno impide su reconocimiento, como a continuación se explica.

En relación con la excepción de prescripción oportunamente propuesta por la demandada, el suscrito ponente acoge mayoritariamente el criterio sentado de vieja data por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que desde la sentencia rad. 27923 del 12 de diciembre de 2007, (reiterada radicación 40919 y 42300 del 18 de septiembre de 2012, SL 9638- 2014, SL1585-2015, SL942-2019), dejó establecido que el derecho a los incrementos pensionales previstos en los artículos 21 y 22 de la misma anualidad se extingue por el transcurso del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo que deben entenderse que son exigibles desde el reconocimiento de la pensión o desde el momento en que se consoliden las causas que le dan origen conforme se indicó en sentencia SL 2711 de 2019.

En el presente asunto, se advierte que la pensión de vejez fue reconocida al actor mediante Resolución n.° 100502 del 15 de enero de 2010 (f °. 7) y la reclamación administrativa se presentó el 8 de febrero de 2019 (f °. 51, expediente digital), es decir, por fuera del término trienal previsto en los preceptos legales enunciados, por lo que en el caso estudiado el fenómeno extintivo operó de forma total.

De conformidad con las consideraciones precedentes, se confirma la decisión analizada.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado
ACLARO VOTO

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Aclaración de voto.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RAFAEL MARIÑO DAZA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 11001 31 05 005 2019 00303 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, presento aclaración de voto en relación con la vigencia de los artículos 20 y 21 del Acuerdo 049 de 1990, respecto de las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición, por lo siguiente:

La Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 140 de 2019 que los incrementos establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad fueron derogados a la expedición de la Ley 100 de 1993, e, igualmente, indicó que reconocerlos violaría en forma directa el inciso 11 del artículo 48 de la carta política, relacionado con la sostenibilidad financiera del sistema, como quiera que su concesión se realiza sin que exista correspondencia entre los aportes efectuados por el cotizante y el monto de la pensión que debe recibir, máxime cuando dichos incrementos pensionales se tratan de una prestación económica accesoria a la pensión de vejez.

De otro lado, la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias, fija el alcance de una norma a partir de los presupuestos constitucionales o la aplica de un determinado modo a un caso concreto, generando así una doctrina constitucional que tiene carácter vinculante para todos los jueces de la Republica y desde ese punto de vista se acoge el argumento estipulado en la sentencia SU 140 de 2019, conforme a los postulados de igualdad y seguridad jurídica.

Por esa razón, aun cuando se acompaña la decisión absolutoria es menester aclarar que se considera que las normas que sustentan el incremento pensional no se encuentran vigentes para las personas que adquieren el derecho a la pensión en virtud del régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, artículo 36, como lo es en el presente caso.

La anterior postura ha sido avalada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, en las siguientes sentencias de tutela STL16559-2019, radicación 57998; STL 16483-2019, radicación 58038, y STL 16702-2019, radicación 58070.

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA:	PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN:	110013105 004 2019 00764 01
DEMANDANTE:	WILLIAM FABIAN ÁLVAREZ PLATA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÒN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de noviembre 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 ineficacia de la afiliación y el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A., por lo que siempre estuvo en prima media. Ordenar a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos causados, los gastos de administración y asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital. Condenar a Protección S.A., en caso de otorgarse la pensión previa a la sentencia, a seguir con el pago hasta que sean trasladados a Colpensiones todos los recursos y sea incluido en nómina de pensionados

por éste. También 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 fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 4 de febrero de 1986 y a partir de octubre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la AFP Porvenir S.A. como consecuencia de su publicidad y gestión. El funcionario de la AFP al momento de la afiliación se limitó a llenar el formulario preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta con respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, tampoco sobre las consecuencias negativas o específicas que traería abandonar prima media. No le entregó proyecciones ni comparativos acerca del valor de su pensión en ambos regímenes, no le informó las características, ventajas del traslado y el derecho de retracto.

Adujo que solicitó a la AFP Porvenir S.A. copia de los documentos que se entregaron para tomar la decisión, pero el fondo respondió de manera negativa. Posteriormente, se trasladó a la AFP Protección S.A. y allí le realizaron una simulación pensional donde obtuvo una proyección pensional en la que le arrojaba un monto pensional de $3.799.159, mientras que en Colpensiones lo sería de $7.518.747. También manifestó que de acuerdo con un estudio comparativo de cálculo actuarial obtendría en Protección S.A. la suma de $2.056.454, lo que genera una diferencia de $5.462.294. Finalmente, solicitó a las AFP y a Colpensiones la nulidad de la afiliación, las cuales fueron negadas (f.° 2 a 38).

Al contestar Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de vinculación al Sistema de Seguridad Social en pensiones, el traslado realizado a Protección S.A., la petición presentada a esta AFP y su respuesta, las solicitudes de anulación del traslado ante las AFP y Colpensiones, las respuestas de Protección y Colpensiones, igualmente el fondo al que se encuentra actualmente afiliada. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, la

inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos jurídicos y las demás declarables oficiosamente (f.° 295 a 312).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, adujo no ser ciertos o no constarle ninguno de ellos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables de oficio (f.° 332 a 360).

Al dar respuesta a la demanda, Protección S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la afiliación actual de la accionante en la AFP Protección S.A., la solicitud presentada, la petición de anular el traslado y la respuesta dada. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la inexistencia de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación y las demás declarables de oficio (f. °375 a 393).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de noviembre de 2020, declaró la nulidad de la afiliación del accionante al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la

demandante al régimen de prima media. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.° 548 a 550).

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 el demandante.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones sostuvo que el deber de información no estaba a cargo únicamente de las AFP, pues el afiliado también tiene un grado de responsabilidad al realizar el traslado. Trae a colación el artículo 1495 del Código Civil que indica que no es un acto unilateral, sino que genera obligación para ambas partes. Mencionó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado la existencia de afiliación tácita cuando se guarda silencio de las deficiencias de la afiliación. Igualmente, en la sentencia SL1452 de 2019 indicó que no se exonera al afiliado del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional de la cual dependerán sus expectativas económicas y del plazo para acceder a la prestación de vejez.

Discutió que la ignorancia de las leyes no sirve de excusas y el error sobre un punto de derecho no vicia en consentimiento. Indicó que en el interrogatorio el accionante manifestó tener pleno conocimiento de las características y ventajas del régimen, tanto que disfrutó de sus beneficios.

Porvenir S.A argumentó frente a la declaración de ineficacia que dentro del proceso se logró demostrar una información clara de parte de ambas AFP, pues el actor tenía absoluto conocimiento del sistema de ahorro individual, por lo que era consciente de tomar una decisión. Alegó

que la intención que tiene el demandante es únicamente dineraria pasando por encima de la prohibición legal de traslado. Manifestó que no se hace un análisis de las incongruencias entre el escrito de la demanda y lo manifestado en el interrogatorio, pues carece de certeza, el modo, tiempo y lugar de lo sucedido, lo que demuestra una automaticidad de estos procesos. Refirió que al no condenársele algo en concreto a este fondo privado, no es posible la condena en costas.

Por su parte, **Protección S.A.** apeló la sentencia al aducir que según el artículo 244 del Código General del Proceso el formulario de vinculación es un documento que no se le puede restar valor probatorio, pues la información que se genera, la autoriza la Ley 100 de 1993, que establece los requisitos, procedimientos y como se debió haber realizado la vinculación con este fondo de pensiones.

Manifestó que la condena no es producente, pues el demandante mencionó no recordar la asesoría que se le brindó en el año de 1996, sin que signifique una falta de realización. Advirtió la prohibición de traslado regulada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 cuando se cumplen los 10 años anteriores a pensionarse. Frente a los gastos de administración generados durante todo el tiempo, refirió que el actor se benefició, lo que impide retrotraer o solicitar al seguro dichas sumas. Discutió las condenas en costas por actuar 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 también procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 22 de febrero de 1966, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 28 años y 182.14 semanas a Colpensiones (f.° 91 y 318). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

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 junio de 1996, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.° 362). Asimismo, conforme al reporte emitido por

Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a la AFP Porvenir desde el 1° de septiembre de 1995 al 31 de julio de 1996; a la AFP Protección S.A. desde el 1° de agosto de 1996 al 30 de abril de 2011; se trasladó a la AFP ING a partir del 1° de mayo de 2011 al 30 de diciembre de 2012 y del 31 de diciembre de 2012 en adelante a la AFP Protección, según historial de vinculaciones de folio 500.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante indicó que cuando era un estudiante trabajó para una empresa INGETEC de ingenieros consultores como ingeniero auxiliar, lo llamaron de recursos humanos, quien estaba directamente encargado de hacer los traslados, le hicieron una solicitud para trasladarlo a Porvenir, para lo cual llenó el formulario de manera libre y voluntaria, por orden directa del empleador para completar el proceso de contratación y no le realizó ningún tipo de asesoría ni comparación de beneficios porque nunca tuvo una reunión con algún funcionario de Porvenir. Refirió que cuando se cambió de empleador en el año de 1996, le solicitaron cambiarse de AFP, haciéndolo con Protección S.A., donde ya les pasaron los formularios diligenciados solamente para que los firmaran. Al momento de suscribir el formulario con la AFP ING, hoy Protección S.A. le hicieron una reunión corta, de manera verbal, donde le indicaron que podían pensionarse muy joven y con una mejor mesada pensional, asimismo le exhibieron que este fondo invertía en minería, petróleos y energía con lo cual se convenció para trasladarse de AFP.

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.

Conforme al interrogatorio de parte y el 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 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 Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 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 de manera específica la devolución de gastos de administración.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras el demandante estuvo vinculada a este fondo. 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 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).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 3 de noviembre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Protección 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.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia, para 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.

TERCERO: 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.

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 4-2019-00764-01
Aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: WILLIAM FABIAN ALVAREZ PLATA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 004 2019 00764 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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 03 2019 00807 01
DEMANDANTE:	AURA ELIDA PINTO ARÉVALO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de noviembre 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 de manera principal la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizada el 2 de enero de 2020 y de manera subsidiaria, la ineficacia del traslado. En consecuencia, se entienda afiliada en prima media y se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los ahorros y rendimientos financieros que se encuentren en la cuenta individual. Se disponga a Colpensiones a actualizar la historia laboral. 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 13 de julio de 1960, desde el 29 de noviembre de 1985 se afiló a prima media a través de la Beneficencia de Cundinamarca y en junio de 1995 trabajó con la Alcaldía Municipal de Pacho – Cundinamarca cuyos aportes pensionales fueron realizados al Instituto de los Seguros Sociales. El 4 de enero de 2000 fue aceptado el trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., antes Colpatria. Adujo que la AFP no lo asesoró de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional, dado las circunstancias personales.

Refiere que la AFP le realizó el 16 de mayo de 2019 simulación pensional en la que indica que en ese fondo la pensión de vejez a los 59 años sería de $958.100, entre tanto, conforme a la liquidación realizada por una firma abogados en prima media lo sería de $2.363.327. Además, solicitó a Porvenir y a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada (f.° 6 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado de régimen, la reclamación administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación, el error no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y las demás declarables oficiosamente (f.° 136 a 155).

Por su parte la **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las declarables de forma oficiosa (f.° 192 a 219).

La demandada **AFP Protección S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos, contestó como ciertos el natalicio de la demandante y la respuesta dada. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la buena fe, la prescripción, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia del traslado, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional y las demás declarables de oficio (f.° 230 a 262).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de noviembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 7 de enero de 2000 del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con Solidaridad – en su momento realizado por Colpatria S.A., hoy AFP Porvenir S.A., así como los demás traslados horizontales realizados a la AFP Horizonte, ING, y a la AFP Porvenir S.A., para entenderla válidamente vinculada a prima media. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de haberse efectuado, bono pensional en el evento de encontrarse ya redimido, con todos los rendimientos financieros e intereses causados. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado, activar la afiliación como si nunca se hubiere trasladados y actualizar la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción. Absolvió a las demandadas de las demás

pretensiones y condenó en costas a las AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colpensiones (f.° 268 a 270).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A., antes Colpatria S.A., no demostró haber brindado la información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación. Que, si bien la actora se trasladó entre fondos privados, conforme a la jurisprudencia este hecho no convalida la acción inicialmente viciada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia al ser el acto de afiliación y traslado completamente válido, pues de los medios de prueba se colige que fue voluntario, en el que no medió presión alguna y se convalidó con los diferentes traslados entre administradoras. Indicó que los gastos de administración y los saldos que cubren los rubros de invalidez y muerte ya fueron descontados de la cuenta de ahorro individual. Los primeros, para cubrir la gestión de la administradora que ha generado rendimientos al demandante, y los segundos, para mantener cubiertos los respectivos riesgos, por ello, su devolución desconoce el actuar de buena fe de la AFP y además genera un enriquecimiento sin causa.

Colpensiones por su parte aduce a lo largo de su recurso que el demandante si fue bien asesorado al momento de cambiar de régimen pensional, como se infiere de las pruebas, especialmente del interrogatorio de parte. También que se quebranta el principio de sostenibilidad

financiera, ya que al ordenar el traslado se genera una afectación en la planeación del fondo común, pues se tendrá que reconocer prestación a una persona que no ha aportado a prima. Finalmente, pidió ser exonerado de 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 esta Colegiatura 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los*

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 13 de julio de 1960 y se cambió de régimen de prima media al de ahorro individual el 7 de enero de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria S.A., hoy Provenir S.A. (f.° 68). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Colpatria desde el 1° de marzo de 2000 a 28 de septiembre de 2000; en Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A., desde el 29 de septiembre de 2000 al 30 de abril de 2001; en ING a partir de 1° de mayo al 31 de diciembre de 2001; en la AFP Porvenir del 1° de enero al 30 de noviembre de 2002; nuevamente en ING desde 1° de diciembre de 2002 al 31 de mayo de 2003 y, posteriormente, en la AFP Porvenir del 1° de junio de 2003 en adelante (f.° 220).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que es abogada y se trasladó en el momento en que iba hacer contratada con una entidad pública una asesora del fondo privado le explicó las bondades que eran muy similares a las de una cuenta de ahorro, que le generaba intereses y dividendos, que no tenía el Seguro Social, el que además estaba en crisis y se iba a acabar. Que en las dos o tres oportunidades que fue a Colpatria fue a solicitar los documentos de afiliación. Además, la información suministrada le impidió conocer realmente cómo funcionaba el sistema de ahorro individual y que podía hacer aportes voluntarios, los cual vino a conocer con el pasar de los años. Adujo conocer la Ley 100 de 1993 por su condición de abogada, también que le llegaron extractos financieros y se trasladó a otras administradoras porque le hablaron de mejores rendimientos.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, 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.

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 con el convencimiento que iba ganar mayores rendimientos el dinero ahorrado en la cuenta individual que el que otorga el sistema de prima media, o la referencia que el ISS se iba acabar y que conoce la Ley 100 de 1993, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. 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 afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se adicionará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados 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 adicionada en este tópico.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 3 de noviembre de 2020, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada para CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: 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.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: AURA ELIDA PINTO AREVALO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00807 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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 03 2019 00495 01
DEMANDANTE: CARLOS JULIO GRANADOS RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 176, se tiene como apoderado judicial de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO identificado con Cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELFY NAVARRO ROSAS identificada con Cedula de ciudadanía número 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3375 de 2 de septiembre de 2019 (f.° 177 a 196).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 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 ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizada el 26 de mayo de 1998, la realizada a Old Mutual S.A. el 11 de febrero de 2005 y el retorno a la AFP Porvenir. En consecuencia, se ordene el ingreso automático a prima media con efectos desde el 26 de mayo de 1998. Se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos, rendimientos, frutos y los intereses. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita,* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de enero de 1966, desde el 2 de febrero de 1989 se afiló al Instituto de Seguros Sociales y el 26 de mayo de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que la AFP no lo asesoró de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional, dado las circunstancias personales. Precisó que el 11 de febrero de 2005 se cambió a Skandia, hoy Old Mutual, la que tampoco le informó sobre las implicaciones de permanecer en el RAIS, luego regresó a Porvenir y también se faltó al deber de información.

La AFP le realizó el 6 de mayo de 2019 simulación pensional que arrojó como resultado que en el fondo privado la prestación de vejez sería de $1.519.500, entre tanto, en prima media sería de $4.798.500. Solicitó a Porvenir y Colpensiones el traslado de régimen la cual fue negada (f.° 6 a 16).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, el traslado de régimen, la reclamación

administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación; el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y las demás declarables oficiosamente (f.° 52 a 57).

Al contestar, la demandada **Skandia hoy Old Mutual S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Respecto de los hechos, contestó como ciertos el natalicio del demandante y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, Skandia no participó ni intervino en el momento en que se seleccionó el régimen; la buena fe; los supuestos facticos de este proceso no son iguales, parecidos o similares al contexto de la sentencia invocada por el actor y las demás declarables de oficio (f.° 70 a 78).

Por su parte la **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las declarables de forma oficiosa (f.° 117 a 137).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de julio de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 26 de mayo de 1998 del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con Solidaridad – AFP Porvenir S.A., así como los traslados horizontales realizados a Old Mutual y posteriormente a la AFP Porvenir S.A.., para entender válidamente vinculado al accionante a prima media. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de haberse efectuado, bono pensional en el evento de encontrarse ya redimido, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado, activar la

afiliación como si nunca se hubiere trasladados y actualizar la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual (f.° 143 a 145).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró haber brindado la información completa, veráz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación. Que, si bien el actor se trasladó entre fondos privados, conforme a la jurisprudencia este hecho no convalida la acción inicialmente viciada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia al ser el acto de afiliación y traslado completamente válido, pues del interrogatorio de parte absuelto por el demandante se colige que fue voluntario, en el que no medió presión alguna. Indicó los gastos de administración y los saldos que cubren los rubros de invalidez y muerte ya fueron descontados de la cuenta de ahorro individual. Los primeros para cubrir la gestión de la administradora que ha generado rendimientos al demandante, y los segundos, para mantener cubiertos los respectivos riesgos, por ello, su devolución desconoce el actuar de buena fe de la AFP y además genera un enriquecimiento sin causa. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas.

Old Mutual S.A. imploró revocar la condena impuesta por concepto de gastos de administración, ya que la entidad actuó de buena fe, pues los

mismos fueron descontados por disposición legal para cubrir los seguros de invalidez y muerte, así como para abrigar la gestión del fondo que produjo rendimientos en la cuenta de ahorro individual.

Colpensiones por su parte aduce que no es aplicable al caso la línea jurisprudencial fijada por la H. Corte Suprema de Justicia, pues está en contravía con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional y atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera, al desconocer que Colpensiones se ve afectado con el reconocimiento de una pensión de una persona que no ha contribuido al fondo común, una obligación que no estaba prevista por la entidad.

Señaló que se efectuó el traslado de recursos sin indexar, lo que atenta contra la estabilidad del régimen de prima media, dado que la actualización del dinero no se puede suplir con los rendimientos generados por la cuenta individual. Alegó que el actor no sufre un daño injustificado, al haberle informado lo necesario.

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 esta Colegiatura 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Conforme a formularios de afiliación el promotor del juicio nació el 27 de enero de 1966, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 28 años y había cotizado 248.28 semanas a Colpensiones (f.° 18 y 19). Así las cosas, el actor no demostró ser beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

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 26 de junio de 1998, además se verifica que cambió de administradora de pensiones el 11 de febrero de 2005, así se observa de los formularios de afiliación a la AFP Porvenir y Skandia, hoy Old Mutual (f.° 22 y 79).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que cuando se trasladó un asesor del fondo privado se reunió con él por espacio de 15 a 20 minutos, en donde le manifestó que le resultaba más beneficioso estar en el régimen privado, además era lo de moda, le presentaban folletos y publicidad chéveres, eso le llamó la atención y no veía muy importante el tema pensional, por lo que tampoco buscó información con posterioridad. Señaló que cuando sus amigos se empezaron a pensionar se dio cuenta de la inconveniencia del traslado, por eso adelanta el proceso para obtener una mejor mesada con Colpensiones.

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.

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 en atención a la imagen o publicidad de un fondo privado, 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 afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se adicionará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Old Mutual de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la 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 adicionada en este punto.

Asimismo, resulta evidente que las sumas que debe trasladar la AFP Porvenir S.A. y la AFP Old Mutual desde el momento que las recibió cada una de ellas hasta aquel en el que efectivamente los cancele, transcurre un tiempo considerable en el que el dinero perdió su valor adquisitivo, por lo que tal como lo adujo la demandada Colpensiones en su apelación, dichas sumas deben ser indexadas. Por lo anterior, la Sala adiciona la decisión en este punto, en el sentido de indicar que se deberán trasladar todas las sumas de dinero de manera indexada.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 16 de julio de 2020, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a

Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada para CONDENAR a la AFP Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: 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.

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
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS JULIO GRANADOS RUIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00495 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2018 00669 01.
DEMANDANTE: ANA DORIS TORRES RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. En consecuencia, ordenar a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados en el RAIS con sus correspondientes rendimientos. A Colpensiones a aceptar el traslado sin solución de continuidad desde el 2 de mayo de 1988 y disponer 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 9 de enero de 19581, el 2 de mayo de 1988 se afilió al régimen de prima media y el 6 de septiembre de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., administradora a la cual su empleador Fiscalía General de la Nación – Seccional Tunja le cotizó hasta enero de 1998, luego la Seccional Casanare continuó con los aportes, no obstante, en marzo del mismo año, diligenció lo que pensó era un actualización de datos, pero resultó ser una afiliación, pues el primer trámite no fue exitoso.

Aduce que la AFP le ha comunicado en diferentes oportunidades que se encuentra afiliada a dicha administradora a partir del 15 de junio del año 2000, pese a que el formulario carece de firma y sello de aprobación del empleador, además que viene trasladada de Cajanal lo que no corresponde a la realidad, dado que desde 1995 cotizaba al fondo privado. Refirió que el asesor no le informó el capital que debía acreditar para acceder a la pensión de vejez, tampoco le puso de presente los requisitos a cumplir para acceder a la garantía de pensión mínima o la devolución de saldos. No le comunicó sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y la conveniencia o no de trasladarse, se limitó a avisarle que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería todo lo acumulado, también que la mesada pensional sería mejor y podría acceder a ella de forma anticipada, de igual forma que podría retirar todo el ahorro e invertirlo en lo que quisiera.

Relató que el 26 de septiembre de 2001 cuando se encontraba a más de 10 años de acceder a la edad de pensión, solicitó traslado del RAIS a prima media, la cual fue negada. Luego, el 29 de agosto de 2006, pidió al Instituto de Seguros Sociales el traslado y finalmente en junio de 2007 elevó nuevamente la petición de traslado a la AFP, la que reiteró su negativa esta vez porque contaba con más de 47 años. Manifestó que es beneficiaria del Decreto 546 de 1971, que le permite acceder a la pensión a los 50 años de edad, por ello, no era procedente el traslado en el año 2.000, dado que para esta época contaba con 42 años de edad y se encontraba a menos de 10 años de acceder a la prestación de vejez

conforme a la norma referida. Adujo que solicitó a Porvenir S.A. la nulidad del traslado y a Colpensiones tramitar su cambio de régimen (f.° 4 a 21).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la de afiliación a prima media y al RAIS, también las solicitudes de traslado y las reclamaciones presentadas. Respecto de los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de hecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, así como las demás declarables de oficio (f.° 139 a 157).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A**. también se opuso al éxito de las suplicas. Frente a los hechos, adujo no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables de oficio (f.°195 a 233).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del acto de traslado del régimen de prima media al de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. Ordenó a Colpensiones autorizar el traslado a prima media. A la AFP Porvenir a realizar el traslado de los aportes, junto con rendimientos y bono pensional si hubiere lugar. Se abstuvo de imponer costas (f.° 253 a 256).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado, lo cual no está demostrado por parte de la AFP y no puede entenderse

configurado por la simple suscripción del formulario de afiliación, pues la AFP debió advertirle sobre las consecuencias de su cambio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones discutió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, pues se encuentra a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Sostuvo que debe ordenarse el traslado también de las sumas destinadas al pago de gastos de administración y seguros previsionales, lo contrario, afectaría el erario.

La **AFP Porvenir S.A**. imploró la revocatoria de la sentencia de primera instancia, al señalar que no es procedente aplicar la línea jurisprudencial que sobre el asunto ha trazado la H. Corte Suprema de Justicia, porque desconoce la inescindibilidad de la norma, la diferencia entre la ineficacia en sentido amplio y la ineficacia en sentido estricto, asimismo, aplica a la ineficacia efectos de nulidad, en todo caso, no utiliza las restituciones mutuas, sino unilaterales, por ello, no es procedente ordenar el traslado de gastos de administración.

Alegó que el Juzgado no tomó en consideración las condiciones personales y profesionales de la demandante que le permitían tomar una decisión consiente la cual quedó materializada con la suscripción del formulario de vinculación. Tampoco se dijo nada de las varias asesorías que recibió y su amplio conocimiento del sistema de ahorro individual. Sostuvo que la carga dinámica de la prueba no opera de forma automática, toda vez que altera la lógica probatoria. Igualmente, señaló que ha operado la prescripción respecto de los gastos de administración y los seguros previsionales, pues no son dineros destinados a financiar la pensión.

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 esta Colegiatura 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no

informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 9 de enero de 1958, por lo que para el 1° de abril de 1994 contaba con 36 años y 25.67 semanas cotizadas a Colpensiones (f.° 2 y 88). Así las cosas, la actora si es beneficiaria del régimen de transición por 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 15 de junio de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.° 235), el que se hizo efectivo a partir del 1° de agosto de 2000 según consta en historial de vinculaciones de folio 243.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el momento del traslado los fondos se hicieron presentes en su lugar de trabajo, aseguró que la AFP Porvenir fue la más insistente, pues cada 15 días realizaba reuniones en grupos pequeños, en las que manifestaban que allí se obtendrían beneficios, como pensionarse de manera anticipada, con un mayor monto y que Colpensiones se iba a acabar. Refirió que nunca les explicaron lo inconveniente del traslado, tampoco le hicieron una proyección. Adujo que por su cargo fue trasladada de municipio en municipio, razón por la cual no gestionó el regreso a prima media, además cuando se acabó el ISS y apareció Colpensiones entendió que esta entidad era un fondo más.

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.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales atravesaba una crisis financiera, 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, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión de primera instancia.

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

artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019). Por ello, tampoco es posible entender materializada una prescripción de los gastos de administración ordenados, porque los mismos irán al fondo común que financia la prestación económica a que tenga derecho la demandante en el régimen de prima media.

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 expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el punto tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 29 de septiembre de 2020, en el sentido de CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a

trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que bien puede Colpensiones 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 y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
aclaración de voto

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA DORIS TORRES RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 001 2018 00669 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 01 2016 00850 01.
DEMANDANTE: CARLOS ARMANDO HENAO
DEMANDADO: COOPERATVA DE TRABAJO ASOCIADO ESTRATÉGICOS Y DISMET S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo 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 Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido con la demandada Dismet S.A.S., la desvinculación es ineficaz, es beneficiario de estabilidad laboral reforzada en razón a las enfermedades profesionales que padece y tiene derecho a la reinstalación en el cargo que desempeñaba. En consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas a pagarle los salarios, las prestaciones sociales y las vacaciones dejadas de percibir durante la desvinculación, la sanción prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a realizar los aportes a pensiones, la indexación, los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

Subsidiariamente, imploró declarar que Dismet S.A.S. terminó el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, así como la condena por los salarios, las prestaciones sociales, las vacaciones, los

aportes a la seguridad social integral causados en vigencia de la relación laboral. A pagar indemnización por despido injustificado, la sanción moratoria, la indexación correspondiente y las costas del proceso. También la solidaridad de la demandada Estratégicos CTA.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de abril de 2007 se vinculó mediante contrato de trabajo con la Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos CTA, para desempeñar el cargo acondicionador. Aduce que la Cooperativa lo envió en misión a las instalaciones de Dismet S.A.S. para trabajar como fresador y manejar torno industrial, dentro de sus funciones estaban las de intervenir en el proceso de mecanización con máquinas, comprobar piezas y acoplamiento, realizar mantenimiento de primer nivel creación de piezas, entre otras. Allí, debió cumplir el horario, portar el carné y acatar las órdenes impartidas por los representantes de esta empresa, señores Carlos Joselín Salamanca y Juan Carlos Llinás la cual no le suministró elementos de protección personal.

Refirió que a raíz de las enfermedades laborales padecidas inició el proceso para la calificación de la invalidez en virtud del cual la ARL Colpatria informó a Dismet S.A.S. y a Estratégicos CTA las condiciones médicas, además les solicitó la documentación correspondiente para la valoración, no obstante, Dismet le informó verbalmente que ya no le daba más trabajo y la Cooperativa nunca formalizó la terminación del vínculo, por tanto, no conoció las razones de su desvinculación.

Manifestó que, mediante comunicación de 11 de julio de 2016, la EPS Compensar le informó sobre la calificación de algunas patologías, el 26 de julio de la misma anualidad la ARL Colpatria emitió dictamen, al no encontrarse de acuerdo interpuso recurso. Refirió que presentó solicitudes a las demandadas en el que requirió información sobre la vinculación laboral y no le cancelaron prestaciones sociales vacaciones, ni realizaron aportes a la seguridad social (f.° 2 a 17 y 545 a 563 reforma).

Al dar respuesta, la demandada Dismet S.A.S se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que

algunos son parcialmente ciertos, los restantes no le constan o no son ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción y la inexistencia de los elementos esenciales de una relación contractual de carácter laboral (f. ° 416 a 425).

Mediante auto de 4 de octubre de 2018, se tuvo por no contestada la demanda respecto de Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos CTA (F.° 572) y a través de proveído de 7 de marzo de 2019 se tuvo por no contestada la reforma a la demanda (f.° 675).

En audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2019, la parte accionante y la demandada Dismet S.A.S. conciliaron sus diferencias en la suma de $7.000.000, acuerdo que fue aprobado por el Juzgado, por lo que declaró legalmente terminado el proceso respecto de esta demandada y se dispuso continuar con respecto a Estratégicos CTA con la cual no se concilió.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de julio de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra y condenó a la parte demandante a pagar las costas del proceso (f.°721 a 723).

Como sustento de su decisión, señaló que ninguno de los medios probatorios permite tener certeza sobre la prestación personal el servicio, sus extremos o su remuneración.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que debe darse aplicación a la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, como quiera que se demostró la prestación personal del servicio, entre otras, con el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de Estratégicos,

pues ante sus respuestas evasivas debe declararse la confesión ficta o presunta e igual alcance debe darse a la no contestación de la demandada por parte de esta Cooperativa. También se probó la prestación del servicio con la respuesta que Estratégicos dio a la acción de tutela instaurada antes de la demanda ordinaria.

Sostuvo que en la contestación de la demanda se señala que el vínculo estuvo vigente entre el 4 de septiembre de 2008 y el 28 de febrero de 2011, lo que permite acreditar los extremos de la relación laboral y además pueden verificarse con la historia laboral emitida por Colpensiones y los documentos generados por AXA Colpatria en los que se relacionan al empleador. Indicó que no se aportó al proceso el contrato de asociación suscrito entre el demandante y la cooperativa, por lo que no es posible concluir con base en los estatutos que el accionante ostentaba la calidad de trabajador asociado, máxime cuando dicho documento no fue decretado como prueba. Incluso que los medios y herramientas con las cuales se prestó el servicio eran de propiedad de la *"empresa"*, por ello, debe declararse la existencia del contrato.

Alegó que en ejercicio de las facultades ultra y extra *petita* debió declarar la existencia del vínculo laboral con estratégicos CTA, pues en el hecho primero de la demanda se indicó tal situación, además se expuso en los alegatos y se cuestionó al respecto en los interrogatorios, por lo que el asunto debió ser definido de fondo. En consecuencia, se debe condenar a esta demandada a pagar la sanción moratoria, pues su actuar de mala fe se evidencia con la negativa constante de reconocer la existencia de la relación laboral.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los

argumentos que fueron materia de apelación. No sin antes advertir que en audiencia celebrada el 17 de septiembre de 2019, el Juzgado de conocimiento dispuso declarar terminado el proceso por conciliación respecto de la demandada Dismet S.A.S. y continuó el trámite pese a que las pretensiones están dirigidas contra esta persona jurídica, dado que frente a la Cooperativa Estratégicos CTA únicamente imploró la solidaridad.

Claro lo anterior y toda vez que la primera instancia se ocupó de verificar la existencia del contrato de trabajo entre la Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos CTA y el demandante, esta Corporación procede a dilucidar en atención a los argumentos de apelación, si tal relación laboral se configuró.

(i) Del contrato realidad.

Frente al particular, se advierte que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 0468 de 1990 dispone en el artículo 9 que *"las cooperativas de trabajo asociado de conformidad con la ley regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados"*.

Por su parte, el Decreto 4588 de 2006, en el artículo 3° señala que las cooperativas y precooperativas de trabajo asociado "*Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad*

de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general".

Por su parte, el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y *iii)* la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que **una vez demostrada la prestación personal** del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado pruebe la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo, o atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de

la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

(ii) Caso concreto.

Para demostrar la prestación personal del servicio a Estratégicos CTA, el accionante allegó historia laboral emitida por Colpensiones según la cual la Cooperativa realizó aportes en pensión a su favor a partir de septiembre de 2008 hasta abril de 2009 y desde julio de 2010 a febrero de 2011 (f.° 29 a 26); aportó solicitud de servicios de medicina laboral en el que se relaciona como empleador a Dismet S.A.S (f.° 45); certificado expedido por Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. que exhibe que el afiliado ha estado en dicha administradora de riesgos laborales a través de diferentes empleadores, en lo que importa al proceso, a Estratégicos CTA desde el 4 de septiembre de 2008 hasta el 28 de febrero de 2011 (f.° 86) y comunicación de 28 de marzo de 2016, generada por la misma ARL en la que se indica que el actor sufrió accidente de trabajo el 1° de julio de 2009, reportado por Estratégicos CTA, en razón del cual se le brindaron prestaciones asistenciales hasta el 7 de marzo de 2013 (f.° 103 a 105).

A solicitud de la parte demandante fueron decretados los testimonios de Edgar Ramírez Tarazona, Heider Serna y David Salamanca, sin embargo, en audiencia celebrada el 18 de febrero de 2020 (f.° 717) el apoderado desistió de su práctica al manifestar que con los mismos *"se buscaba probar situaciones respecto de la empresa que ya se desistieron las pretensiones"*.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte la representante legal de Estratégicos CTA, señora Dolly Astrid Mejía dijo que el demandante estaba vinculado mediante convenio de trabajo asociado, respecto de los demás cuestionamientos que le fueron formulados manifestó que no le constaba, pues sólo está vinculada con la Cooperativa desde el año 2017, por lo que el Juzgado a fin de no tener sus respuestas como evasivas le solicitó allegar los soportes correspondientes. En respuesta, la demandada allegó copia de planillas de aportes a seguridad social, el certificado de afiliación

a Axa Colpatria que coincide con la aportada junto con la demanda, que da cuenta de la afiliación a través de la Cooperativa en el periodo comprendido entre el 4 de septiembre de 2008 y el 28 de febrero de 2011; copia de notificación de accidente de trabajo y desprendibles de pago de compensaciones desde septiembre de 2004 hasta febrero de 2011 (f.°693 a 704).

En ese horizonte, conforme a las pruebas analizadas en conjunto, se considera que la promotora del juicio no logró demostrar que el demandante prestó servicios a la demandada Estratégicos CTA, por lo que no obra en su favor la presunción que dicha labor estuvo regida por un contrato de trabajo (art. 24 del CST).

Ello es así, como quiera que desde los mismos hechos de demanda confiesa que al amparo de la primacía de la realidad sobre las formas su verdadero empleador fue Dismet S.AS., al punto de perseguir respecto de esta persona jurídica la declaratoria de un contrato de trabajo más el reconocimiento de las acreencias laborales y las indemnizaciones, incluso, frente a la Cooperativa de Trabajo Asociado Estratégicos, únicamente implora la solidaridad. De manera textual, en el acápite de hechos se puede leer que:

> *"1. El día 15 de abril de 2007, se pactó un contrato de trabajo entre mi representado y la cooperativa de trabajo asociado ESTRATÉGICOS CTA.*
>
> *2. Dicho contrato de trabajo fue maquillado por el demandado bajo la figura del contrato de cooperativismo asociado.*
>
> *(..)*
>
> *4. A la par desde la fecha del contrato la cooperativa de trabajo asociado ESTRATÉGICOS CTA, envió a mi representado a trabajar en misión dentro de las instalaciones de la sociedad DISMET S.A.S., para desarrollar el objeto social de esta última.*

Paralelamente, confesó en los hechos que prestó sus servicios dentro de las instalaciones de Dismet S.A.S., quien fue la que le fijó el horario de trabajo, le impartió órdenes a través de sus representantes y le proporcionó carné de identificación.

Sumado a lo anterior, con la audiencia de conciliación celebrada el 17 de septiembre de 2019 entre el demandante y la empresa Dismet S.A.S., mediante la cual definen de manera amigable las diferencias existentes con respecto a las pretensiones de la demanda referidas a la declaratoria del contrato realidad, no queda duda de esa conducta, que el promotor del juicio ratifica y exterioriza una vez más que su verdadero empleador lo fue Dismet S.A.S y no la Cooperativa de Trabajo Asociado. Admitir lo contrario, sería cohonestar con un doble pago por la misma prestación de un servicio.

Con todo, la sola lectura de la prueba documental allegada referente a la solvencia por parte de la Cooperativa de los aportes a pensiones y riesgos laborales, así como el pago periódico de compensaciones, no revierten la confesión efectuada por el mismo actor desde la presentación de la demanda, según la cual la prestación de los servicios se efectuó realmente para Dismet S.A.S.

De conformidad con las consideraciones expuestas, la Sala confirma la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 23 de julio de 2020.

SEGUNDO: No se causan costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 01-2016-00850-01.

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2019 00282 01
DEMANDANTE: NANCY EDITH ARGUELLO SALOMÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y CESANTÍAS COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A., Old Mutual S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 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 trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., igualmente de las afiliaciones a las AFP Colfondos, Colpatria, Porvenir y Skandia hoy Old Mutual S.A.. Que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliada al RAIS y se encuentra inscrita en prima media. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros de la cuenta de ahorro individual. A las AFP al pago de indemnización económica por los

perjuicios materiales y morales causados. Asimismo, disponer 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 10 de noviembre de 1965 y desde el 23 de febrero de 1993 hasta el 30 de noviembre de 1994 estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales. Adujo que se trasladó al régimen de ahorro individual el 1° de noviembre de 1994 a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A., luego se cambió a Colfondos S.A., posteriormente, a Colpatria S.A., después Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., luego a Skandia, hoy Old Mutual S.A. y finalmente a ING hoy Protección S.A.

Adujo que fue persuadido por el fondo privado a trasladarse, pero no le fueron informadas las características, ventajas y desventajas de cada régimen, no le realizaron proyecciones comparativas de pensión y ningún informe o constancia de asesoría quedó registrada por escrito. Refirió que ninguna de las AFP a las que se trasladó con posterioridad adelantó tal asesoría. Manifestó que la AFP Protección S.A. el 13 de noviembre de 2018 le realizó una proyección según la cual su mesada pensional en la modalidad de retiro programado sería a los 57 años de $2.568.861, en tanto, que el Colpensiones sería superior a $10.370.975. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente ante las AFP y Colpensiones, las cuales fueron negadas (f.° 3 a 18).

Al dar respuesta, la AFP **Old Mutual S.A.** rechazó la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento, la de traslado a esta administradora y el posterior traslado a Protección S.A. Respecto de los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para oponerse a las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; la buena fe, el pago y las declarables de oficio (f.° 167 a 177 reverso)

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la data de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la suscripción de formularios de vinculación a las AFP y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional; la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.° 195 a 214)

Colfondos AFP S.A. al contestar el libelo introductorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación a la AFP, el traslado a Porvenir S.A y la solicitud elevada, así como la respuesta emitida. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. 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 del traslado, la compensación y pago, y las demás que se declaren de oficio (f.° 236 a 251).

Por su parte, la AFP **Protección S.A**. se opuso a la prosperidad de las suplicas. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la de afiliación a la AFP, el traslado horizontal desde la AFP Old Mutual, y la vinculación actual, también las solicitudes presentadas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP; la buena fe; la inexistencia de perjuicio; la prescripción; la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se

declara la nulidad y/o ineficacia 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 y, las demás declarables oficiosamente (f.° 271 a 278).

Finalmente, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso al éxito de los pedimentos. En cuanto a los hechos aceptó la suscripción del formulario con Colpatria S.A. y Porvenir S.A., la solicitud de nulidad y la obligación a cargo de los fondos privados. Respecto a los restantes manifestó no constarle o no ser ciertos. Para oponerse a las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, 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 (f.° 310 a 336).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 1° de diciembre de 1994 a través de la AFP Protección S.A., por lo que no produjo efecto jurídico alguno, por lo tanto, se debe entender que jamás se separó del régimen de prima media. También declaró ineficaces las afiliaciones a Old Mutual S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A. Condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y comisiones por administración durante el tiempo que estuvo afiliado sin lugar a descuentos por concepto de seguros de invalidez y sobrevivientes. Asimismo, a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A. a trasladar las comisiones que recibió por haber administrado los dineros de la cuenta del demandante mientras permaneció afiliada a cada AFP. A Colpensiones a activar la afiliación, recibir los recursos y autorizar para que realice las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que se puedan causar con el acto de ineficacia. Declaró no probadas las excepciones propuestas.

Condenó en costas a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que conforme jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia la decisión libre y voluntaria no se acredita únicamente con la suscripción del formulario sin presión, sin fuerza, sino que se satisface cuando se le da al afiliado información clara, completa frente al panorama pensional que se va a adquirir, es decir, que le den todas las razones y fundamentos para elegir la mejor opción que le convenga, en cumplimiento del principio de transparencia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Protección S.A.** imploró revocar la devolución de los gastos de administración y descuentos realizados por seguro provisional, pues estas sumas ya fueron y utilizadas por la AFP y al ordenarse su traslado a Colpensiones se genera un enriquecimiento sin causa.

Colfondos AFP S.A. alegó la revocatoria de la sentencia en cuanto ordenó la evolución de los gastos de administración porque conforme al artículo 60 de la Ley 100 de 1993, los descuentos realizados no hacen parte del capital que sirve de base para financiar la pensión de vejez. Sostuvo que con el pago del seguro previsional la demandante estuvo cubierta para las contingencias de invalidez y muerte. Adicionó que con esta condena se genera un detrimento al patrimonio del fondo porque estos no le pertenecen a la demandante y son un reconocimiento a la buena gestión durante el tiempo de permanencia en el fondo privado, que sirvieron para acrecentar el valor en la cuenta de la actora.

La **AFP Porvenir S.A.** también adujo inconformidad frente a la devolución de los gastos de administración, pues la demandante

actualmente no es su afiliada y en consecuencia no tiene saldo en la cuenta de ahorro individua. Asimismo, indicó que se adquirieron primas de seguros para cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por lo que no hay lugar a su devolución pues siempre estuvo cubierta a dichos riesgos. Señaló que estos gastos de administración tienen la función de remunerar la actividad profesional, por lo que, al condenarse su traslado, se debería también condenar a la demandante a retornar los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual.

Skandia, hoy Old Mutual S.A. adujo que la sentencia debe ser revocada como quiera que no se debe trasladar a Colpensiones los gastos de administración, pues según la Ley 100 de 1993 son descuentos que se realizan en ambos regímenes, los cuales están destinados en el régimen de ahorro individual a financiar la prima de seguros para las pensiones de invalidez y sobrevivientes. Refirió que durante el tiempo en que la demandante fue su afiliada actuó de buena fe y administró de forma correcta la cuenta de ahorro lo que le generó unos rendimientos. Igualmente, manifestó que al retornar estos dineros a Colpensiones produciría un enriquecimiento sin causa, porque la entidad recibiría un dinero que no administró y en contraprestación se le generaría un perjuicio a la AFP al responder con su propio patrimonio, porque ya no cuenta con este dinero.

Colpensiones a su turno, argumentó que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiera ejercido presión o coacción alguna al momento de tomar la decisión libre, voluntaria y espontánea de afiliarse al RAIS dentro del cual realizó múltiples traslados, lo que evidencia su deseo de mantenerse en este régimen.

Indicó que se encuentra prescrita la oportunidad para solicitar el retorno al régimen, sin que se vulnere el derecho a la pensión o a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues la demandante se encuentra inmersa en una prohibición descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

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 esta Colegiatura 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 lo pertinente, 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 1° 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 4° 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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del

formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría 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 la promotora del juicio nació el 10 de noviembre de 1965, por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 28 años y no había cotizado semana alguna al régimen de prima media (f.° 75 y 219 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 29 de noviembre de 1994, así se observa del formulario de afiliación a la Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A. (f.° 89). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a ING desde el 1° de diciembre de 1994 al 30 de noviembre de 1995; a Colfondos desde el 1° de diciembre de 1995 al 31 de diciembre de 1997; a Colpatria desde el 1° de enero de 1998 al 28 de septiembre de 2000; a Horizonte desde 29 de septiembre de 2000 al 30 de noviembre de 2000; a Porvenir desde el 1° de diciembre de 2000 al 28 de febrero de 2006; a Old Mutual desde el 1° de marzo de 2006 al 30 de abril de 2008; a ING desde 1° de mayo de 2008 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A., según historial de vinculaciones de folio 294.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en el año de 1994 llegó una representante de Colmena la visitó y le informó de manera individual que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que su mejor opción era trasladarse al fondo privado donde podría obtener una pensión superior, tendría una cuenta a su nombre y no un fondo común lo que le resultaba más beneficioso. Aseguró que se trasladó entre fondos privados porque al cambiarse de empleador la afiliaban a otra AFP donde tenían la mayoría de los trabajadores.

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.

Conforme al escrito de demanda y al 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 de que el fondo público se encontraba en crisis, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la 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, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado por lo que la sentencia se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Old Mutual, de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculado a este fondo, 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 será confirmada también 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 confirma la sentencia en cuanto declaró 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 expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirma en su integridad la decisión.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de agosto de 2020.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
aclaro el voto.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NANCY EDITH ARGUELLO SALOMÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00282 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara 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 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, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada