



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 29 2019 00096 01.
DEMANDANTE: MARÍA CONSUELO FANDIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 150, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía número 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 del 1° de febrero de 2021 (f.° 14151 a 169).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 03 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colpatria S.A. y las consiguientes vinculaciones a Horizonte y Porvenir. En consecuencia, condenar a las AFP a trasladar debidamente actualizados la

totalidad de los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses. Asimismo, se ordene a las demandadas 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 20 de junio de 1963, su empleador Sociedad Colombiana de Capitalización Colpatria la inscribió al Instituto de Seguros Sociales, entidad a la que cotizó desde el 11 de septiembre de 1987 hasta el 22 de agosto de 1994 720.86 semana. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 su empleador Colpatria creó una administradora de fondos de pensiones y cesantías. Adujo que como trabajadora fue compelida a afiliarse a esta AFP y vincular a 5 personas más, además a través de recursos humanos Colpatria le entregó un comparativo de pensiones según el cual la prestación en el RAIS sería del 219.14%, entre tanto, en el ISS apenas sería del 85%, por estas razones accedió a trasladarse al fondo privado. En noviembre de 2018 la AFP le realizó proyección pensional según la cual la mesada pensional en Porvenir S.A. sería de \$875.400, mientras que en Colpensiones ascendería a \$2.091.582 (f.º 37 a 44).

Al dar respuesta a la demanda, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no constarle o no son ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación demandada; la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 57 a 62).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las cotizaciones efectuadas a esa entidad y la reclamación administrativa presentada. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para

pedir, el cobro de lo no debido, la buena fe; la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 97 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 03 de marzo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Colpatria S.A. suscrita el 23 de agosto de 1994, efectiva a partir del 1º de septiembre de la misma anualidad. Asimismo, que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a Porvenir transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual concedió un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros, y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 135 y 136).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación con el cual solicitó la revocatoria de la sentencia pues argumenta la afectación del principio de la confianza legítima y la inescindibilidad de las normas. Además, la demandante confesó que al momento del traslado la asesoraron, le entregaron una cartilla con la información del régimen de ahorro individual, le realizaron una proyección pensional, se diligenció el formulario de vinculación, no obstante, todos estos elementos probatorios no resultaron suficientes para el Juzgado,

quien pretende se pruebe que se le dio doble asesoría asunto que fe regulado muchos años después del cambio de régimen.

Sostuvo que si la demandante nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, por efecto de la ineficacia no hay lugar a trasladar rendimientos financieros en atención a las restituciones mutuas. Alegó que los gastos de administración tampoco pueden ser devueltos porque ya fueron pagados a las aseguradoras, al menos el porcentaje destinado a cubrir los seguros previsionales y estos terceros tal como ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia no puede verse afectada por los efectos de la declaratoria de ineficacia. Aseguró que sobre los gastos de administración opera el fenómeno extintivo de la prescripción, pues no son dineros destinados a financiar la pensión de vejez.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de registro civil que el promotor del juicio nació el 20 de junio de 1963, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 720.86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 96 CD expediente administrativo). Así las cosas, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad o el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de agosto de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria (f.º 12). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colpatria desde el 1º de septiembre de 1994 al 28 de septiembre de 2000; a Horizonte desde el 29 de septiembre de 2000 al 31 de diciembre de 2013 y a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A., según historial de vinculaciones de folio 64.

La parte accionante además allegó contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito con Colpatria Sociedad Colombiana de Capitalización S.A el 10 de septiembre de 1987 (f.º 3 a 6), Certificado emitido por Axa Colpatria Capitalizadora S.A según la cual la demandante estuvo vinculada a dicha entidad entre el 10 de septiembre de 1987 y el 30 de enero de 1998 y desempeñó como último cargo el de Secretaria de Gerencia (f.º 8). También aportó documento denominado “*análisis Comparativo de la Pensión de Jubilación*” que arrojó como resultado “*Le favorece cambiarse al AFP*” (f.º 11). Trajo igualmente, formulario de afiliación a la AFP Colpatria en el que se puede leer en el espacio del representante de la administradora el nombre de la accionante María Consuelo Fandiño, quien además suscribe dicho documento como afiliada (f.º 10)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que estaba vinculada a Seguros y Capitalización Colpatria, en 1994 el grupo al que pertenecía su empleadora abrió la AFP Colpatria, por lo que les informaron que sus cesantías pasarían allí y que esperaban su solidaridad para trasladarse al fondo de pensiones obligatorias que estaban habilitados quienes tuvieran más de 35 años de edad y 3 años cotizados al Seguro Social, posteriormente les dijeron que no sólo necesitaban su afiliación sino que les impusieron una meta de lograr 5 afiliaciones para lo cual la compañía les daba el tiempo que requirieran para hacer las visitas y los formularios respectivos, además les dieron una cartilla que hablaba de la Ley 100 de 1993, era como un resumen. Sostuvo que en dos reuniones le indicaron que el instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que la pensión sería mínima en comparación a la que el fondo privado le otorgaría a sus afiliados. Dijo que ella no pudo hacer ninguna afiliación por lo que uno de sus compañeros le dio una de las afiliaciones que él había vendido, pues la empresa permitió que cumplieran la meta por áreas. Confesó que del área de recursos humanos la llamaron y asesores de la AFP le hicieron una proyección pensional cuyo resultado la motivó a trasladarse, pues le explicaron que sus aportes se capitalizarían y por ello la mesada pensional sería superior. Refirió que no le explicaron las características del RAIS y no conoció sobre la cuenta individual. Expuso

que no se trasladó a Horizonte, sino que el cambio se dio de manera automática porque esta AFP compró a Colpatria.

A solicitud de la parte demandante fueron decretados y practicados los testimonios de Jaime Rodríguez Baquero, Jorge Eduardo Sierra y James Wilson Jiménez Pinzón. El primero manifestó que fue compañero de trabajo de la demandante en el Grupo Colpatria, quien fue su secretaria para la época en que él se desempeñó como Jefe de Auditoría. Aseguró que se retiró en el año 1996 y que cuando Colpatria abrió el fondo de pensiones, prácticamente obligó a los empleados jóvenes a afiliarse, precisó que a él no le tocó en razón a su edad y las semanas que ya había cotizado. Expuso que los empleados de las diferentes empresas del grupo tuvieron que realizar afiliaciones a la AFP, les imponían metas y por eso quienes “cayeron” fueron los familiares, que él mismo en su condición de gerente tuvo que salir con maletín a buscar esas vinculaciones para cumplir las expectativas de la empresa, además le proporcionaron un computador en el que metía datos y salían las proyecciones, las cuales eran “bellezas” por las tasas de capitalización que había en la época y expresó que esperaba que las personas a quienes asesoró él lo perdonaran. Expuso que no le consta que a la demandante le haya brindado asesoría.

El testigo Jorge Eduardo Sierra, indicó que estuvo vinculado al Grupo Colpatria desde 1987 hasta 1997, conoció a la demandante en el año 1992, porque fueron compañeros de trabajo. Aseguró que estuvo presente cuando la accionante se trasladó al RAIS, explicó que Colpatria creó un fondo de pensiones y les solicitó afiliarse y vincular a otras personas, de manera “*semi obligatoria*” pues les pedían solidaridad con el grupo, sentido de pertenencia. Dijo que la demanda no recibió capacitación para hacer vinculaciones, lo que hicieron fue reunirlos para explicarles las nuevas normas y los dos regímenes, que el nuevo era mejor y ponerles la tarea de vincular gente, indicó que incluso a él le dijeron que suspendiera las labores de auditoría por un mes y se dedicara a hacer vinculaciones.

Por último, el deponente James Wilson Jiménez Pinzón señaló que para 1994 laboraba al servicio de Seguros Colpatria y allí conoció a la

demandante la que era secretaria del Contralor. Expuso que la compañía realizó reuniones a través de las cuales los indujo a trasladarse a la AFP que creó el grupo, además les pidió que cada trabajador realizara 5 afiliaciones, para el efecto los capacitaron, les dieron folletos, cartillas, más que para ellos, orientadas a los potenciales afiliados en los cuales se les informaban sobre las bondades del fondo a fin de comercializar las afiliaciones. Expuso que él mismo salió a la calle a ofrecer el producto, a abordar a la gente y entregarle la publicidad.

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, 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, la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, o la realización de una proyección que no corresponde a la realidad económica 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 todo caso, como se vio el formulario de afiliación fue suscrito por la demandante como afiliada y como representante de la AFP, cuando no era empleada de la misma, pues si bien estaba vinculada a una empresa del mismo grupo económico, se

desempeñaba como secretaria de gerencia y no como promotora de un fondo de pensiones.

Con todo, no puede pasar por alto esta Colegiatura que los testigos fueron coincidentes en señalar que el traslado de régimen de la demandante e incluso de algunos de ellos, obedeció a la imposición de su empleador, quien además y pese a no estar capacitados para ello, les pidió efectuar vinculaciones a pensiones obligatorias, proporcionándoles para tal fin folletos, publicidad, cartillas y la información básica de que no podrían trasladarse quienes tuvieran más de 35 años o que no hubiesen cotizado durante tres años al Instituto de Seguros Sociales, sin que esto en manera alguna pueda entenderse como una asesoría brindada a la potencial afiliada. Tampoco la proyección pensional, pues la misma no se compeadece con la realidad de la pensión que en la actualidad el fondo privado ofrece a la accionante.

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, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia 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 y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta y en la apelación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 03 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relacionada de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE MARÍA CONSUELO FANDIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00096 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 29 2019 00096 01.
DEMANDANTE: MARÍA CONSUELO FANDIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 150, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía número 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 del 1° de febrero de 2021 (f.° 14151 a 169).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 03 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colpatria S.A. y las consiguientes vinculaciones a Horizonte y Porvenir. En consecuencia, condenar a las AFP a trasladar debidamente actualizados la

totalidad de los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses. Asimismo, se ordene a las demandadas 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 20 de junio de 1963, su empleador Sociedad Colombiana de Capitalización Colpatria la inscribió al Instituto de Seguros Sociales, entidad a la que cotizó desde el 11 de septiembre de 1987 hasta el 22 de agosto de 1994 720.86 semana. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 su empleador Colpatria creó una administradora de fondos de pensiones y cesantías. Adujo que como trabajadora fue compelida a afiliarse a esta AFP y vincular a 5 personas más, además a través de recursos humanos Colpatria le entregó un comparativo de pensiones según el cual la prestación en el RAIS sería del 219.14%, entre tanto, en el ISS apenas sería del 85%, por estas razones accedió a trasladarse al fondo privado. En noviembre de 2018 la AFP le realizó proyección pensional según la cual la mesada pensional en Porvenir S.A. sería de \$875.400, mientras que en Colpensiones ascendería a \$2.091.582 (f.º 37 a 44).

Al dar respuesta a la demanda, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no constarle o no son ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación demandada; la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 57 a 62).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las cotizaciones efectuadas a esa entidad y la reclamación administrativa presentada. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para

pedir, el cobro de lo no debido, la buena fe; la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 97 a 100).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 03 de marzo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante a la AFP Colpatria S.A. suscrita el 23 de agosto de 1994, efectiva a partir del 1º de septiembre de la misma anualidad. Asimismo, que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual y que siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a Porvenir transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual concedió un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros, y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 135 y 136).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación con el cual solicitó la revocatoria de la sentencia pues argumenta la afectación del principio de la confianza legítima y la inescindibilidad de las normas. Además, la demandante confesó que al momento del traslado la asesoraron, le entregaron una cartilla con la información del régimen de ahorro individual, le realizaron una proyección pensional, se diligenció el formulario de vinculación, no obstante, todos estos elementos probatorios no resultaron suficientes para el Juzgado,

quien pretende se pruebe que se le dio doble asesoría asunto que fe regulado muchos años después del cambio de régimen.

Sostuvo que si la demandante nunca estuvo en el régimen de ahorro individual, por efecto de la ineficacia no hay lugar a trasladar rendimientos financieros en atención a las restituciones mutuas. Alegó que los gastos de administración tampoco pueden ser devueltos porque ya fueron pagados a las aseguradoras, al menos el porcentaje destinado a cubrir los seguros previsionales y estos terceros tal como ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia no puede verse afectada por los efectos de la declaratoria de ineficacia. Aseguró que sobre los gastos de administración opera el fenómeno extintivo de la prescripción, pues no son dineros destinados a financiar la pensión de vejez.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de registro civil que el promotor del juicio nació el 20 de junio de 1963, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 720.86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 96 CD expediente administrativo). Así las cosas, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad o el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de agosto de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria (f.º 12). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colpatria desde el 1º de septiembre de 1994 al 28 de septiembre de 2000; a Horizonte desde el 29 de septiembre de 2000 al 31 de diciembre de 2013 y a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A., según historial de vinculaciones de folio 64.

La parte accionante además allegó contrato de trabajo a término fijo inferior a un año suscrito con Colpatria Sociedad Colombiana de Capitalización S.A el 10 de septiembre de 1987 (f.º 3 a 6), Certificado emitido por Axa Colpatria Capitalizadora S.A según la cual la demandante estuvo vinculada a dicha entidad entre el 10 de septiembre de 1987 y el 30 de enero de 1998 y desempeñó como último cargo el de Secretaria de Gerencia (f.º 8). También aportó documento denominado “*análisis Comparativo de la Pensión de Jubilación*” que arrojó como resultado “*Le favorece cambiarse al AFP*” (f.º 11). Trajo igualmente, formulario de afiliación a la AFP Colpatria en el que se puede leer en el espacio del representante de la administradora el nombre de la accionante María Consuelo Fandiño, quien además suscribe dicho documento como afiliada (f.º 10)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que estaba vinculada a Seguros y Capitalización Colpatria, en 1994 el grupo al que pertenecía su empleadora abrió la AFP Colpatria, por lo que les informaron que sus cesantías pasarían allí y que esperaban su solidaridad para trasladarse al fondo de pensiones obligatorias que estaban habilitados quienes tuvieran más de 35 años de edad y 3 años cotizados al Seguro Social, posteriormente les dijeron que no sólo necesitaban su afiliación sino que les impusieron una meta de lograr 5 afiliaciones para lo cual la compañía les daba el tiempo que requirieran para hacer las visitas y los formularios respectivos, además les dieron una cartilla que hablaba de la Ley 100 de 1993, era como un resumen. Sostuvo que en dos reuniones le indicaron que el instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que la pensión sería mínima en comparación a la que el fondo privado le otorgaría a sus afiliados. Dijo que ella no pudo hacer ninguna afiliación por lo que uno de sus compañeros le dio una de las afiliaciones que él había vendido, pues la empresa permitió que cumplieran la meta por áreas. Confesó que del área de recursos humanos la llamaron y asesores de la AFP le hicieron una proyección pensional cuyo resultado la motivó a trasladarse, pues le explicaron que sus aportes se capitalizarían y por ello la mesada pensional sería superior. Refirió que no le explicaron las características del RAIS y no conoció sobre la cuenta individual. Expuso

que no se trasladó a Horizonte, sino que el cambio se dio de manera automática porque esta AFP compró a Colpatria.

A solicitud de la parte demandante fueron decretados y practicados los testimonios de Jaime Rodríguez Baquero, Jorge Eduardo Sierra y James Wilson Jiménez Pinzón. El primero manifestó que fue compañero de trabajo de la demandante en el Grupo Colpatria, quien fue su secretaria para la época en que él se desempeñó como Jefe de Auditoría. Aseguró que se retiró en el año 1996 y que cuando Colpatria abrió el fondo de pensiones, prácticamente obligó a los empleados jóvenes a afiliarse, precisó que a él no le tocó en razón a su edad y las semanas que ya había cotizado. Expuso que los empleados de las diferentes empresas del grupo tuvieron que realizar afiliaciones a la AFP, les imponían metas y por eso quienes “cayeron” fueron los familiares, que él mismo en su condición de gerente tuvo que salir con maletín a buscar esas vinculaciones para cumplir las expectativas de la empresa, además le proporcionaron un computador en el que metía datos y salían las proyecciones, las cuales eran “bellezas” por las tasas de capitalización que había en la época y expresó que esperaba que las personas a quienes asesoró él lo perdonaran. Expuso que no le consta que a la demandante le haya brindado asesoría.

El testigo Jorge Eduardo Sierra, indicó que estuvo vinculado al Grupo Colpatria desde 1987 hasta 1997, conoció a la demandante en el año 1992, porque fueron compañeros de trabajo. Aseguró que estuvo presente cuando la accionante se trasladó al RAIS, explicó que Colpatria creó un fondo de pensiones y les solicitó afiliarse y vincular a otras personas, de manera “*semi obligatoria*” pues les pedían solidaridad con el grupo, sentido de pertenencia. Dijo que la demanda no recibió capacitación para hacer vinculaciones, lo que hicieron fue reunirlos para explicarles las nuevas normas y los dos regímenes, que el nuevo era mejor y ponerles la tarea de vincular gente, indicó que incluso a él le dijeron que suspendiera las labores de auditoría por un mes y se dedicara a hacer vinculaciones.

Por último, el deponente James Wilson Jiménez Pinzón señaló que para 1994 laboraba al servicio de Seguros Colpatria y allí conoció a la

demandante la que era secretaria del Contralor. Expuso que la compañía realizó reuniones a través de las cuales los indujo a trasladarse a la AFP que creó el grupo, además les pidió que cada trabajador realizara 5 afiliaciones, para el efecto los capacitaron, les dieron folletos, cartillas, más que para ellos, orientadas a los potenciales afiliados en los cuales se les informaban sobre las bondades del fondo a fin de comercializar las afiliaciones. Expuso que él mismo salió a la calle a ofrecer el producto, a abordar a la gente y entregarle la publicidad.

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, 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, la referencia de que el fondo público se encontraba en crisis, o la realización de una proyección que no corresponde a la realidad económica 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 todo caso, como se vio el formulario de afiliación fue suscrito por la demandante como afiliada y como representante de la AFP, cuando no era empleada de la misma, pues si bien estaba vinculada a una empresa del mismo grupo económico, se

desempeñaba como secretaria de gerencia y no como promotora de un fondo de pensiones.

Con todo, no puede pasar por alto esta Colegiatura que los testigos fueron coincidentes en señalar que el traslado de régimen de la demandante e incluso de algunos de ellos, obedeció a la imposición de su empleador, quien además y pese a no estar capacitados para ello, les pidió efectuar vinculaciones a pensiones obligatorias, proporcionándoles para tal fin folletos, publicidad, cartillas y la información básica de que no podrían trasladarse quienes tuvieran más de 35 años o que no hubiesen cotizado durante tres años al Instituto de Seguros Sociales, sin que esto en manera alguna pueda entenderse como una asesoría brindada a la potencial afiliada. Tampoco la proyección pensional, pues la misma no se compadece con la realidad de la pensión que en la actualidad el fondo privado ofrece a la accionante.

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, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia 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 y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura adiciona la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta y en la apelación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 03 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relacionada de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE MARÍA CONSUELO FANDIÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 029 2019 00096 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: 10013105 28 2019 00390 01.
DEMANDANTE: JOSÉ FERNÁNDO BERMUDEZ CENDALES
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 (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho 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.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la

argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una *“congruencia interna”* que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia *“(…) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive”* (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con *“miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”*. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, para con ello, así poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, la misma Corporación constitucional ha puntualizado que *“Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia.”* (sentencia T-214- 2012).

I. **ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y el posterior cambio horizontal a la AFP Santander S.A hoy Protección S.A. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerlo entre sus afiliados como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático. Asimismo, se disponga que las demandadas reconozcan los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 11 de agosto de 1957 y se trasladó al régimen de ahorro individual el 24 de junio de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A., luego se cambió a la AFP Santander hoy Protección S.A.. Adujo que los asesores del fondo no le proporcionaron información clara veraz y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional. Refirió que la AFP Protección S.A le realizó proyección pensional según la cual en el RAIS la mesada pensional sería de \$4.173.478, entre tanto, en Colpensiones la prestación mensual ascendería a \$11.069.976. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen (f.º 2 a 8).

Al contestar **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y la de afiliación al régimen de ahorro individual. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones la falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 83 a 93).

Al dar respuesta, la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, admitió únicamente el relacionado con la afiliación del accionante a esta AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 122 a 136).

Por su parte, la AFP **Protección S.A.** se opuso a las peticiones. En relación con los hechos, aceptó la data en que la demandante nació y la simulación realizada por esa AFP. Manifestó que los demás no le constaban. En su defensa, formuló 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; la inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declare 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.º 141 a 148)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante el 24 de junio de 1998 a través de la AFP Porvenir S.A. y, en consecuencia, estimó como afiliación válida la efectuada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones a activar la afiliación del demandante a prima media. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (f.º 208 y 209).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Protección S.A.**, argumentó que la sentencia debe ser revocada en cuanto le ordenó trasladar a Colpensiones los descuentos realizados por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, pues los mismos están autorizados en la ley y responden a la gestión del fondo y asimismo a mantener cubiertos al afiliado para los riesgos de invalidez y muerte. Alegó que sólo es dable la devolución de los aportes más sus rendimientos.

La demandada **Colpensiones** exteriorizó que el promotor del juicio en todo el tiempo en que estuvo afiliado no manifestó inconformidad alguna de pertenecer en el régimen de ahorro individual, por lo que el acto jurídico se perfeccionó y saneó cualquier eventual falencia o nulidad existente.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 11 de agosto de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y no había realizado cotización alguna a Colpensiones (f.º 10 y 31). Así las cosas, el

actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 24 de junio de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 125). Asimismo, se verifica que el actor estuvo afiliado a Porvenir desde el 1º de agosto de 1998 al 28 de febrero de 2005; a ING desde el 1º de marzo de 2005 al 30 de diciembre de 2012; a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A. (f.º 150).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que en el año 1998 le salió un nombramiento para trabajar en China, pero antes del viaje un asesor de Porvenir le indicó que la entidad pública en la que tenía sus pensiones se iba a acabar, en el fondo privado se iba a pensionar mejor y la AFP se encargaría de su pensión por el resto de su vida. Aseguró que las expectativas que le dio el fondo no se cumplieron. Expuso que se trasladó a Protección porque no recibía información de parte de la 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 al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, 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 ante la inestabilidad del fondo público, no es propio de una información clara,

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

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 vinculado el demandante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo que la decisión se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración debidamente indexados mientras estuvo afiliado 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 del 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 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: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de septiembre de 2020, **CONDENAR** a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado al actor mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

adhesión de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE FERNANDO BERMUDEZ CENDALES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 028 2019 00390 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.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de junio de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

Ahora es de aclarar que la ponencia presentada, con decisión idéntica a la que contiene la presente sentencia, contrario a lo expuesto en la sentencia que se emite, cumplía con el principio de congruencia en sus dos acepciones: interna y externa.

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; lo cual constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

De tal manera que lo señalado en la sentencia como advertencia, esto es, que el conocimiento pasó al actual magistrado ponente por la falta de congruencia en la ponencia, lo que demuestra es que la mayoría de la sala salvo el voto frente a las argumentaciones de la ponencia que sustentaban la decisión y no frente a la decisión, lo cual de conformidad a la práctica judicial colombiana daba lugar a una aclaración de voto y no a un salvamento de voto.

La Corte Constitucional en auto 293-2016 de 13 de julio de 2016 expuso sobre las diferencias entre aclaración y salvamento de voto lo siguiente:

“Esta Corporación ha resaltado las diferencias existentes entre ambas actuaciones, señalando que mientras en un salvamento de voto el magistrado expresa su disconformidad con la decisión, en una aclaración la comparte pero desea expresar una posición particular sobre alguno de los temas planteados en la providencia:

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquella, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente; y el salvamento de voto genera un cambio de ponente que da lugar a trámites administrativos y la postergación de la decisión final por parte de los magistrados que conforman la mayoría.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de junio de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 26 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de

¹ En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).

² Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00378 01.
DEMANDANTE: EFIGENIA NARANJO PUENTES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS PENSIONES Y CEANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Ordenar a Colpensiones a aceptar el traslado. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de mayo de 1962 y cotizó 870 semanas al régimen de prima media a través del Instituto de Seguros Sociales. Refirió que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos el 30 de junio de 1999, luego, el 11 de mayo de 2000, se trasladó a la AFP Porvenir S.A..

Adujo que se cambió porque el asesor comercial le dijo que en el RAIS se pensionaría con un monto mayor y que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer por lo que corría el riesgo de perder todas las semanas cotizadas. Luego, se cambió a Porvenir porque esta AFP le ofreció una mesada superior. Esta administradora le realizó proyección según la cual la mesada en el RAIS ascendería a \$828.116, entre tanto, en Colpensiones la mesada sería de \$2.758.700. Finalmente, refirió que reclamó administrativamente pero Colpensiones negó la solicitud de traslado (f.º 3 a 18).

Al dar respuesta, la **AFP Porvenir S.A.** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio de la accionante la edad, el número de semanas cotizadas a prima media, la fecha de traslado a ahorro individual. Manifestó que los restantes no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, formuló las excepciones prescripción: falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación; la buena fe; el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesiva; inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación apensiones; la debida asesoría al fondo y las demás declarables oficiosamente (f.º 90 a 98)

Al contestar la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de afiliación a esta administradora. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la

falta de legitimación en la causa por pasiva; la buena fe; 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 obligatorio administrado por Colfondos S.A., la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado y la compensación y pago (f.º 124 a 140).

Por su parte **Colpensiones** opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación y cotizaciones realizadas al régimen de prima media, también la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir; el cobro de lo no debido, la buena fe y la presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 197 a 205).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1999; condenó a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados junto con sus rendimientos financieros y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración; dispuso a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y se abstuvo de imponer costas.

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación al argumentar que la demandante se afilió al régimen de ahorro individual de manera libre y voluntaria, pues no se probó que se hubiera configurado vicio del consentimiento alguno al momento de suscribir el formulario de afiliación. Expuso que la AFP no podía abstenerse de vincular a la demandante quien ya estaba afiliada al RAIS

De otro lado, que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la

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

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

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

Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 20 de mayo de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años de edad y 605.29 semanas cotizadas a prima media (f.º19 y 205 expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de junio de 1999, así se observa en historia laboral. (f.º3 a 35), pues no fue aportado formulario de afiliación al régimen de ahorro individual, tampoco historial de vinculaciones.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó a su lugar de trabajo se presentó un asesor de la AFP, quien le informó que el Instituto de Seguros Sociales iba desaparecer y que en el fondo privado se pensionaría con una mejor mesada y antes de cumplir los 57 años de edad. Confesó que recibe en la actualidad extractos de la cuenta de ahorro individual, además que se trasladó de AFP porque le ofrecieron una mesada superior pero no le explicaron cómo ello sucedería.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación, 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 y de manera anticipada, 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 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.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo que la decisión se mantendrá en este punto.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Colfondos S.A., de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia lo 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 adiciona la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de noviembre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos 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 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 26-2019-00378 01

Asesoración de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EFIGENIA NARANJO PUENTES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00378 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 24 2018 00418 01
DEMANDANTE: LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ PUERTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de diciembre de 2019. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. y que se encuentra válidamente afiliado a prima media. En consecuencia, condenar a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar. Condenar a Colpensiones a activar la afiliación y recibir la totalidad de aportes. 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 29 de enero de 1957, desde el 19 de noviembre de 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales y el 18 de diciembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena S.A. Adujo que la AFP no lo asesoró no le brindó, información 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, pues lo que aconteció fue que la Oficina de Personal del Concejo de Bogotá le solicitó suscribir el formulario de vinculación.

Refirió que no obstante haberse realizado el traslado de régimen sus empleadores continuaron con los aportes a prima media hasta el año 2002. En el 2006 contaba con 49 años de edad y solicitó a la AFP Santander le informara acerca de su situación pensional, pero sólo hasta abril de 2009, época en la que ya había cumplido 52 años de edad, la AFP le informó que se encontraba afiliado a los dos regímenes, situación que fue dirimida en favor de la AFP por lo que se encontraba válidamente vinculado a la misma.

La AFP le realizó el 3 de noviembre de 2017 simulación pensional que arrojó como resultado que en el fondo privado la prestación de vejez sería de \$737.171, entre tanto, en prima media de \$3.444.901. Solicitó a Protección y Colpensiones el traslado de régimen la cual fue negado (f.º 2 a 12).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, el traslado de régimen y la vinculación actual a la AFP Protección. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de buena fe, , el hecho de un tercero, la validez del negocio jurídico, las calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 82 a 93).

Al contestar, **AFP Protección S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, admitió el natalicio del accionante, la afiliación a protección y la edad con la que contaba para esa data. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y las declarables de forma oficiosa (f.º 114 a 124).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 5 de diciembre de 2019, declaró ineficaz la afiliación realizada por el demandante a la AFP Protección S.A., que para todos los efectos el demandante nunca se trasladó al régimen de ahorro individual. Condenó la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos e intereses con sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración. Ordenó a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los dineros, actualizar y corregir la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 162 y 163).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Protección 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.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Protección S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración, ya fueron descontados de la cuenta de ahorro individual en virtud de mandato legal. Alegó que estos han cubierto de un lado, la gestión de la administradora que ha generado rendimientos al demandante, y de otro se le han cubiertos los riesgos de invalidez y muerte, 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 que se demostró en el proceso el demandante no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmerso en una prohibición legal para trasladarse. Además, no logró demostrar que se hubiera configurado algún vicio del consentimiento, y que nunca ha contribuido al incremento del fondo común y al declarar la ineficacia del traslado se atenta contra la estabilidad del sistema.

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del*

sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

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

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

2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la copia de la cédula de ciudadanía y la historia laboral que el promotor del juicio nació el 29 de enero de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y había cotizado 291.39 semanas a Colpensiones (f.º 29 y 95). 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 18 de diciembre de 1995, a través de la AFP Colmena S.A hoy según se verifica en formulario de folio de folio 125.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que una funcionaria de la Oficina de Personal del Consejo de Bogotá le presentó a un señor que sin proporcionarle ningún tipo de información, le pidió unos datos y le luego que firmara un formulario y él lo suscribió. No obstante, su empleador continuó con cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales y estos recursos sólo fueron trasladados a Protección en el año 2017, lo que lo llevó a averiguar sobre su futuro pensional y se enteró que su pensión en la AFP sería de un salario mínimo y tenía que solicitar un subsidio a la Nación para poder acceder a la pensión.

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, 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 por solicitud del empleador y con la mera firma del formulario, 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. 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.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, 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 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 5 de diciembre de 2019, 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.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relacion de vols*
24-2018-418-01.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE LUIS ALBERTO RODRIGUEZ PUERTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 024 2018 00418 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 23 2019 00340 01
DEMANDANTE: GLADYS MARTINEZ ARIZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio 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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se retrotraigan las cosas y se ordene a Colpensiones a tener a la accionante en el régimen de prima media con prestación definida. 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 se trasladó el 31 de mayo de 1994 a la AFP Horizonte y nació el 2 de julio de 1961. Indicó que no se suministró la información clara, completa y precisa sobre las ventajas y desventajas del traslado. Además, que la AFP Porvenir realizó una simulación pensional en la modalidad de retiro programado, lo que proyectó

una mesada para el año 2018 por valor de \$1.309.000, mientras que prima media la mesada correspondía a \$3.015.620.

Refiere que cuenta con 1.595 semanas de cotización y solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada.

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó 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 cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y las demás declarables oficiosamente. (f.º 64 a 73).

Por su parte la **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de traslado de régimen y de los otros, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las declarables de oficio. (f.º 93 a 103).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de noviembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con Solidaridad – en su momento realizado por Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, frutos, intereses, rendimientos, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno. Declaró que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliada

al régimen de prima media con prestación definida. Declaró no probada las excepciones. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. (f.º 135 y 136).

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, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse.

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 una conducta dolosa del fondo. Indicó que el formulario de afiliación debe ser valorado como prueba de la voluntad de la demandante. Narró que no procede la devolución de los gastos de administración como quiera que no están destinados para el financiamiento de prestaciones económicas. Finalmente, señaló que la AFP cumplió con las exigencias establecidas en la ley para la época de los hechos.

Colpensiones por su parte aduce que la demandante no cuenta con expectativa legítima al no ser beneficiaria del régimen de transición y que se cumplió con el suministro de información que se requería al momento de los hechos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 2 de julio de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 619,14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 9 y 14). 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 31 de mayo de 1994 así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 104) Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Horizonte desde el 1º de junio de 1994 a 31 de diciembre de 2013 y en la AFP Porvenir del 1º de enero de 2014 en adelante (f.º 105).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1994 se trasladó al fondo privado mientras laboraba en la Aseguradora Gran Colombia, que una asesora del fondo privado le indicó que la mesada pensional sería mejor, el Instituto Seguro Social se iba a acabar y que se podría pensionar con una edad inferior a la requerida en prima media.

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 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, 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.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se adicionará en este punto.

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

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de 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 Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 13 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 en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: 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,



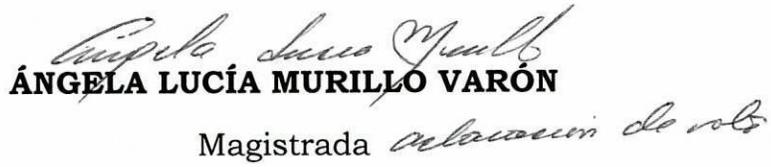
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE GLADYS MARTINEZ ARIZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 023 2019 00340 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 23 2019 00201 01.
DEMANDANTE: MARÍA CLAUDIA MORENO GONZÁLEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. HOY SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Skandia S.A., Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual y válidamente afiliado al régimen de prima media. En consecuencia, se ordene al fondo privado devolver los aportes de la cuenta de ahorro individual, incluidos rendimientos financieros. Disponer a Colpensiones aceptarlo como afiliado y a la AFP Colfondos a enviar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliado a esta AFP. Se condene a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya

lugar en virtud de las facultades *ultra* y *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, declarar que la AFP Old Mutual compromete su responsabilidad frente a cualquier infracción, error u omisión de sus intermediarios comerciales en desarrollo de las labores de promoción y gestión, con la cual se hubiere realizado la respectiva vinculación; declarar que el intermediario utilizado por la AFP carecía para el momento del traslado de idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado sobre el régimen de ahorro individual. Que el traslado de régimen se realizó con base en la información entregada por el intermediario. En consecuencia, condenar a la AFP Old Mutual con cargo a sus propios recursos a pagar los perjuicios materiales – lucro cesante – en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondería en prima media y el valor reconocido en el RAIS proyectada según su expectativa de vida.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de septiembre de 1965, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de abril de 1989 hasta el 31 de enero de 1994 y el 2 de noviembre de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual a través de un intermediario comercial que se presentó como asesor de la AFP Old Mutual quien le manifestó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería los aportes allí realizados, mientras que en el fondo privado obtendría la pensión de manera anticipada y en un monto superior al que le ofrecía el Instituto de Seguros Sociales, aun en el evento de seguir cotizando sobre la base que lo hacía al momento del cambio, no obstante, el asesor no le brindó información racional, suficiente, amplia, completa, clara, sencilla, comprensible y objetiva sobre los efectos del traslado, tampoco le realizó un estudio comparativo.

Refirió que el 12 de diciembre de 2018, la AFP efectuó simulación pensional según la cual la mesada pensional a los 57 años en el RAIS sería de \$2.009.916, entre tanto, en prima media ascendería a \$6.169.193. Finalmente, refirió que reclamó administrativamente en abril de 2013 (f.º 2 a 28).

Al contestar la **AFP Old Mutual** hoy Skandia S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó que no son ciertos o no le constan. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 83 a 105).

Al dar respuesta, **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones principales y no manifestó oposición frente a las subsidiarias por no estar dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y que reclamó administrativamente ante la entidad. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones validez de la afiliación al régimen de ahorro individual y las demás declarables oficiosamente (f.º 118 a 127).

Por auto del 5 de diciembre de 2019 se dispuso vincular a las AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (f.º 139).

Al contestar **Colfondos S.A.** Pensiones y Cesantías se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 154).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso a las pretensiones principales de la demanda. Respecto de los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad; el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 188 CD).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado que hiciera el demandante a través de la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. y por ende los traslados a las AFP Colfondos y Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar todas las sumas que hubiere

recibido como consecuencia de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a las AFP Colfondos y Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los dineros que hubiere recibido en la cuenta individual mientras la demandante estuvo vinculada a dichos fondos sin lugar a descuento alguno por concepto de gastos de administración. Dispuso que para todos los efectos la accionante se encuentra vinculado a al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas, se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 190 a 192).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y las AFP Old Mutual y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación de 2003.

La **AFP Skandia S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración debidamente indexados, pues estos porcentajes no conforman el capital para financiar la pensión de vejez, en todo caso responden a la gestión de la AFP y mantuvieron cubierta a la demandante para los riesgos de invalidez y muerte, además porque conforme al concepto emitido por la Superintendencia Financiera ello no es procedente. Señaló que sobre estos gastos de administración ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción.

La **AFP Porvenir S.A.** argumentó que no puede declararse la nulidad del traslado, pues la demandante no alegó ni probó la configuración de un vicio del consentimiento, sino que funda su petición

en la diferencia en la mesada pensional que recibirá. Además, se trasladó entre administradoras con lo cual ratificó su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual. De otra parte, alegó que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración.

Colpensiones adujo que la demandante no contaba con una expectativa legítima para el momento del traslado. Tampoco demostró haber sido víctima de engaño, circunstancia que no se prueba con la diferencia en la mesada pensional calculada.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la

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

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

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

Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 26 de septiembre de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 109 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º33 y 45). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 2 de noviembre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Pensionar S.A. (f.º107). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Skandia desde el 1º de diciembre de 1995 al 31 de enero de 1997; a Colfondos desde el 1º de febrero de 1997 al 31 de enero de 1998; a Colpatria desde el 1º de febrero de 1998 al 28 de septiembre de 2000; a Horizonte desde 29 de septiembre de 2000 al 31 de agosto de 2004; a Porvenir desde el 1º de septiembre de 2004 al 30 de septiembre de 2018; a partir del 1º de octubre de 2018 en adelante a Old Mutual, según historial de vinculaciones de folio 188 y fomulariod e vinclación de folio 106.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para el momento del traslado el asesor del fondo privado le dijo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que lo mejor era trasladarse, ello sucedió en una reunión que duró poco tiempo, en la cual no formuló preguntas, además que no leyó el formulario, solamente lo diligenció. Aseguró que se trasladó entre AFP porque le ofrecían completar su historia laboral y finalmente regresa a Skandia por sugerencia de su abogado y actualmente solicita el cambio de régimen a fin de obtener una mejor mesada pensional. Confesó que no tomo en consideración la posibilidad de regresar al Instituto de Seguros Sociales y que ha recibido extractos de su cuenta individual, pero nunca detalló la información que contenían, pues se dedicó a trabajar y por ello tampoco solicitó ninguna información o asesoría a los fondos de pensiones.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Skandia 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, 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 como quiera que el trasladarse a un régimen ante la inestabilidad del fondo público, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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 Skandia S.A. a la cual se encuentra actualmente vinculada 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, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo que la decisión se mantendrá en este punto.

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

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 la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de febrero de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *actuación de voto.*

23-2019-00201-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE MARÍA CLAUDIA MORENO GONZALEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 023 2019 00201 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 31 2020 00254 01.
DEMANDANTE: MIRYAM CARRILLO MARTÍNEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 08 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media sin solución de continuidad, por lo que continúa afiliada a Colpensiones. Como consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores recibidos como motivo de la afiliación tales como bonos pensionales, aportes obligatorios, cuotas de administración y sumas adicionales con sus frutos e intereses que se hubieren causado. A Colpensiones a recibir los dineros trasladados, a reactivar la afiliación en el régimen de prima media y tener en cuenta todo el tiempo cotizado por la demandante en el Rais y convalidarlo como semanas cotizadas en el Rpm. Se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 09 de julio de 1964, por lo que cuenta actualmente con más de 56 años de edad. El 08 de mayo de 1984 se afilió al ISS cotizando 584 semanas en dicho régimen y en noviembre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor de Porvenir S.A. le indicó que tendría una mayor estabilidad ya que el Seguro Social se iba a acabar y que su pensión allí corría peligro. El 22 de julio de 2020 reclamó administrativamente, a lo cual Colpensiones respondió negativamente.

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento, la edad de la accionante, la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, la fecha de traslado, la proyección pensional hecha por Porvenir S.A. y la reclamación administrativa junto con su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la prescripción; la caducidad; 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 buena fe y las demás declarables de oficio.

Al contestar, la **AFP Porvenir S.A** también rechazó las suplicas. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarles. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables de oficio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 08 de febrero de 2021 declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por la demandante y, por lo tanto, tenerla válidamente afiliada al régimen de prima media. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de las sumas de dineros por concepto de aportes junto con los intereses, rendimientos y demás

frutos civiles, sin descontar las sumas por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros. Dispuso a Colpensiones a recibir a la demandante en el régimen de prima media como si nunca se hubiera trasladado. Costas a cargo de Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que, para la data del traslado existían 3 presupuestos fácticos exigidos por las normas los cuales eran la elección libre y voluntaria por escrito al momento del traslado, la selección debidamente informada y el deber de los promotores de suministrar amplia, suficiente y oportuna información a los afiliados. Es así como rememoró la sentencia SL1452 de 2019 de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia para argumentar que no es suficiente el simple hecho de allegar el formulario de afiliación para demostrar que se cumplió con el deber de información y tampoco existe prueba alguna de ello.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada **AFP Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación con el que solicitó revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que el formulario de afiliación tiene plena validez, por lo que dar aplicación a la carga dinámica de la prueba sin cumplir con los requisitos establecidos atenta contra lo expuesto en la sentencia de la H. Corte Constitucional C-086 de 2016. Argumentó que es la demandante quien tenía que probar que se le dieron indicaciones dolosas al momento de la asesoría. Resaltó que no procede la ineficacia sino la nulidad de traslado. Sostuvo que al trasladarse los rendimientos financieros se generaría un enriquecimiento sin causa a Colpensiones debido a que no fue esta entidad la que los produjo, estando en contra del principio de inescandibilidad de las normas.

Finalmente, señaló que se debió declarar la excepción de prescripción frente a los gastos de administración porque son emolumentos netamente económicos que no hacen parte de los dineros destinados a 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 la 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 del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para

garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

VI.CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 09 de julio de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 170.24 semanas cotizadas a Colpensiones. Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 8 de octubre de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 1997 según consta en historial de vinculaciones del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en el año de 1997 se encontraba trabajando con el Ministerio de Relaciones Exteriores cuando fue citada a una reunión por parte de Porvenir donde les indicó que el Seguro se iba a acabar, que su pensión corría riesgo porque se podía perder y que ellos les ofrecían más dinero, entonces por ese miedo firmó el formulario. Confesó que le llegan extractos al correo y entiende que son los aportes que le descuentan mensualmente. Indicó que quiere retornar a Colpensiones porque perdió la credibilidad en Porvenir por no brindarle la información debida al momento del traslado sobre los beneficios, ventajas, desventajas con respecto del régimen de prima media.

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, 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.

Del escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener un monto de mesada superior o la referencia de que el fondo público se iba a acabar, 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. 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.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia analizada se mantendrá en este punto.

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

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

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 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.

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 31 2020 00254 01

clarificación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MIRYAM CARRILLO MARTINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 031 2020 00254 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 30 2018 00691 01
DEMANDANTE: MARÍA CLEMENCIA BULLA ARCINIEGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la parte demandante y la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de marzo de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Se advierte que este proceso ha pasado al suscrito Magistrado por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de una armonía y concordancia entre la conclusión derivada de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello como quiera que, si bien se confirmaba la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la actora, la única explicación de procedencia de tal tesis se cimentó en que la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral y Penal por vía de tutela han dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente jurisprudencial sentado sobre la materia, pese a que toda la argumentación legal y probatoria allí relacionada estuvo dirigida a exponer motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

En consecuencia, se consideró que una decisión en ese sentido podría conllevar al quebrantamiento de las garantías fundamentales al debido proceso, a la defensa y al acceso a la administración de justicia (art. 29 y 228 y 229 C. Pol.), por carecer de una “congruencia interna” que según la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia “(...) exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutive. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutive” (CSJ SL 2808-2018, reiterada en SL 440-2021).

Según la H. Corte Constitucional la obligación de motivar las decisiones judiciales exige un esfuerzo argumentativo con “miras a justificar su decisión y, por lo tanto, a convencer a las partes, a los demás jueces y al público en general, de que su resolución es la correcta”. (sentencia C-145-1998). Asimismo, el deber de motivación, además, de ser una fuente de legitimación de la actividad judicial en un estado democrático, constituye un mecanismo que permite conocer al ciudadano las razones de una decisión, para con ello, así poder controvertirla y ejercer su derecho de defensa.

Igualmente, la misma Corporación constitucional ha puntualizado que “Desde el punto de vista del operador judicial, la motivación consiste en un ejercicio argumentativo por medio del cual el juez establece la interpretación de las disposiciones normativas, de una parte, y determina cómo, a partir de los elementos de convicción aportados al proceso y la hipótesis de hecho que se construye con base en esos elementos, es posible subsumir el caso concreto en el supuesto de hecho de una regla jurídica aplicable al caso. En el estado constitucional de derecho, la motivación adquiere mayor importancia.” (sentencia T-214- 2012).

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia o la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A., por consiguiente, siempre ha estado vinculada a prima media. Igualmente, que es beneficiaria del régimen de transición. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar los aportes realizados en la cuenta individual, más bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses existentes en la cuenta individual. Condenar a Colpensiones a aceptar el traslado, actualizar la historia laboral, y a reconocer y pagar pensión de vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990, junto con los intereses moratorios. Asimismo, disponer a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 6 de noviembre de 1956 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1º de marzo de 1974, entidad a la que cotizó al 1º de abril de 1994 725 semanas. Luego el 28 de abril de 1999, cuando contaba con 974 semanas cotizadas, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el asesor del fondo no le explicó las implicaciones de su traslado, las características, ventajas y desventajas de cada régimen, es decir, no le brindó información clara completa y comprensible que le permitiera tomar la mejor decisión.

Refirió que en el año 2017, la AFP le realizó un comparativo según el cual en el RAIS la mesada pensional que obtendría a los 61 años sería de \$2.016.300, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería a \$3.665.700. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen y el reconocimiento de la pensión en prima media, pero Colpensiones y Porvenir negaron las solicitud (f.º 54 a 74).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió el natalicio de la demandante y las reclamaciones presentadas a la entidad. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la

inexistencia del derecho y la obligación; la buena fe y las demás declarables oficiosamente. (f.º 91 a 100).

Por auto del 30 de mayo de 2019 se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A. (f.º 146).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de marzo de 2020, declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante a la AFP Porvenir S.A. en abril de 1999. Declaró que se encuentra válidamente vinculada al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados los que deberá cubrir con sus propios recursos. Dispuso a Colpensiones que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual actualice la información de la historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media y que proceda de manera perentoria a estudiar el derecho pensional. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a la demandada Porvenir S.A. (f.º 162 y 163).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el traslado tenga plenos efectos, requiere la existencia de una decisión informada, autónoma, consciente y verificable, según el potencial afiliado acerca de los riesgos del traslado y beneficios. Así las cosas, le corresponde a la AFP, demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron a la buena fe y al cumplimiento del deber de información veraz, precisa y clara, circunstancia que no acreditó en juicio. De otro lado, encontró que la accionante no demostró ser beneficiaria del régimen de transición.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La parte **demandante** argumentó que la demandante cuenta con 974 semanas cotizadas al régimen de prima media, pues si bien en la historia laboral emitida por Colpensiones no aparece el tiempo trabajado al servicio de Indumil, estos servicios aparecen acreditados en el consolidado emitido por la OBP, allegado por la AFP Porvenir S.A.. Así las cosas, en aplicación de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, es beneficiaria del régimen de transición, por lo que implora al Tribunal reconocer la pensión de acuerdo a las previsiones del Decreto 758 de 1990.

Porvenir S.A., suplicó revocar la sentencia pues no atiende a los efectos previstos en la ley para cuando se declara la nulidad absoluta de un acto jurídico, pues para el caso en particular la afiliación no existió, los rendimientos no se causaron y las cuotas de administración no se dedujeron. Señaló que al juez le está vedado declarar la nulidad relativa de forma oficiosa. Sostuvo que no se probó la configuración de algún vicio del consentimiento, tampoco de dolo alguno.

Alegó que no es procedente ordenar el traslado de los gastos de administración, dado que los mismos se encuentran previstos en la ley. De otro lado, solicitó revisar la condena en costas por considerarla excesiva

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 accionante.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

(i) De la ineficacia del traslado.

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 06 de noviembre de 1956, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 37 años y 278.15

semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 105 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 28 de abril de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 116), el que se hizo efectivo a partir del 1º de mayo de 1999, de conformidad con el historial de vinculaciones de folio 135.

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, 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, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que lo que se evidencia es que no se ilustró sobre las características, ventajas y desventajas de la decisión. 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, el bono pensional 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.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión 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.

(ii) Del recurso de apelación de la parte demandante.

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

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

En el presente caso, la demandante demostró que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigor tenía más de 35 años, como quiera que nació el 06 noviembre de 1956 (f.º 2), lo que permite inferir también que cumplió 55 años el 6 de noviembre de 2011, 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 para el momento del traslado 1º de junio de 1999 contaba con 457.43 semanas cotizadas. De otro, lado al verificar el reporte emitido por la AFP se evidencia que la demandante sólo volvió a realizar aportes a pensiones hasta marzo de 2007, en consecuencia, no acredita las 750 semanas que exige el Acto Legislativo 01 de 2005, para mantenerse como beneficiaria del régimen de transición.

No pasa por alto la Colegiatura que en documento denominado “*Tu historia Laboral Consolidada*” se indica que la demandante cuenta con 974 semanas cotizadas al régimen de prima media, esta información no tiene respaldo alguno, pues la historia laboral aportada por Colpensiones en CD contentivo del expediente administrativo generada en febrero de 2019 apenas da cuenta de 457 semanas cotizadas a esa entidad. La parte actora aunque pretende se tomen en consideración los servicios prestados a Indumil, no allegó certificados de tiempos distintos a los reflejados en la historia laboral.

Es preciso señalar que a efectos de acreditar el número de semanas cotizadas al régimen de prima media no es procedente tomar en consideración la información que el Ministerio de Hacienda y Crédito

Público a través de la Oficina de Bonos Pensionales refleja en una liquidación provisional de la historia laboral, pues como su nombre lo indica es temporal y está sujeta a modificaciones ante los reconocimientos o rechazos de la información allí contenida por parte del emisor y los contribuyentes. En gracia de discusión, la liquidación visible a folios 141 y 142 apenas indica que la demandante para el momento del traslado contaba con 723 semanas cotizadas, quiere decir que tampoco en este escenario acreditaría las semanas exigidas por el Acto Legislativo 01 de 2005, para que el régimen de transición se extendiera en su caso hasta el año 2014, pues recuérdese que si bien se trasladó de régimen en 1999, sólo volvió a cotizar hasta el año 2017.

Bajo este panorama, resulta acertada la conclusión de primera instancia al ordenar a Colpensiones estudiar el derecho pensional una vez reciba el traslado de los recursos de la cuenta individual, más los gastos de administración, por lo que no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia.

(iii) Del recurso de apelación de la demandada AFP Porvenir

Argumenta la AFP que la liquidación de costas le resulta exagerada e infundada por lo que debe ser modificada.

Al respecto, conviene señalar que de conformidad con los numerales 4º a 6º del artículo 366 del Código General del Proceso, la liquidación de costas una vez elaborada por el Secretario quedará a disposición de las partes por tres días, dentro de los cuales podrán objetarla. Así las cosas, resulta evidente que no es esta la oportunidad procesal para objetar la fijación de agencias en derecho que hiciera el juzgado, por lo que la Sala se releva de dicho estudio.

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

No se causan 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 Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de marzo 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 30-2018-00691-01

actuar en voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA CLEMENCIA BULLA ARCINIEGAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 030 2018 00691 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.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 26 de febrero de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de junio de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

Ahora es de aclarar que la ponencia presentada, con decisión idéntica a la que contiene la presente sentencia, contrario a lo expuesto en la sentencia que se emite, cumplía con el principio de congruencia en sus dos acepciones: interna y externa.

La congruencia interna porque la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia respecto de la ineficacia contenida en la parte resolutive tenía como parte motiva las sentencias de tutela mencionadas en el primer párrafo, al punto que así señala en la advertencia señalada en las páginas 1 y 2; lo cual constituye una premisa completa y no generaba dudas en su comprensión ni diversas interpretaciones. La congruencia externa referida a la conformidad entre la decisión y lo pedido por las partes en la demanda y en su contestación también se cumplía porque en virtud de la aplicación de ese precedente se definía el asunto a favor de las pretensiones de la parte actora, existiendo la armonía entre la parte considerativa y resolutive de la sentencia.

De tal manera que lo señalado en la sentencia como advertencia, esto es, que el conocimiento pasó al actual magistrado ponente por la falta de congruencia en la ponencia, lo que demuestra es que la mayoría de la sala salvo el voto frente a las argumentaciones de la ponencia que sustentaban la decisión y no frente a la decisión, lo cual de conformidad a la práctica judicial colombiana daba lugar a una aclaración de voto y no a un salvamento de voto.

La Corte Constitucional en auto 293-2016 de 13 de julio de 2016 expuso sobre las diferencias entre aclaración y salvamento de voto lo siguiente:

“Esta Corporación ha resaltado las diferencias existentes entre ambas actuaciones, señalando que mientras en un salvamento de voto el magistrado expresa su disconformidad con la decisión, en una aclaración la comparte pero desea expresar una posición particular sobre alguno de los temas planteados en la providencia:

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados

requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquella, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada².

La diferencia entre las dos figuras genera consecuencias diferentes, la aclaración de voto da lugar a que la ponencia obtenga los votos necesarios para convertirse en decisión de la sala y se emita en la fecha correspondiente; y el salvamento de voto genera un cambio de ponente que da lugar a trámites administrativos y la postergación de la decisión final por parte de los magistrados que conforman la mayoría.

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 26 de febrero de 2021 se postergó hasta el 30 de junio de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 26 de febrero de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 26 de febrero de

¹ En otros países de lengua hispana se habla genéricamente de votos particulares, los cuales pueden ser concurrentes (para las aclaraciones) o discrepantes (para los salvamentos).

² Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 26 2019 00056 01.
DEMANDANTE: PATRICIA DEL SOCORRO DELGADO DE DEL SORDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 281, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. JOHANNA ANDREA SANDOVAL identificada con Cedula de ciudadanía número 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3390 de 4 de septiembre de 2019 (f.º 283 a 236).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

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

de la AFP Porvenir S.A., del oficio de fecha 11 de mayo de 2016 suscrito por el Director de Servicios Pensionales, mediante el cual la AFP le reconoció pensión a partir del 1º de mayo de 2016. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a reportar la novedad en el sistema SIAFP, a trasladar los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Ordenar a Colpensiones afiliarla, recibir los recursos girados por el fondo privado, reconocer la pensión de vejez, indexar la primera mesada pensional y pagar el retroactivo pensional correspondiente debidamente actualizado junto con los intereses moratorios. Ordenar a Porvenir S.A. pagar los perjuicios materiales y morales causados. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 5 de agosto de 1956 y cotizó al régimen de prima media desde el 26 de junio de 1990 hasta el 31 de mayo de 2000. Para el 1º de abril de 1994, contaba con 37 años de edad. Adujo que aparece vinculada a la AFP Porvenir S.A. desde el 1º de junio de 2000, pero la administradora omitió informarle de manera clara y exacta las consecuencias del cambio, no la ilustró sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, tampoco le realizó proyección alguna, ni le informó sobre la posibilidad de retornar a prima media.

Refirió que la AFP le reconoció pensión de vejez el 11 de mayo de 2016, sin que previamente Colpensiones hubiera corregido la historia laboral y además, omitió informarle el saldo con el que contaba para financiar su pensión, el valor del bono pensional, la fecha hasta la cual le pagaría la pensión y en que consiste el retiro programado. Finalmente, que reclamó administrativamente en mayo de 2018 (f.º 75 a 92 subsanación).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación y cotizaciones realizadas al régimen de prima media, también la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 114 a 122).

Al dar respuesta, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de afiliación a esta administradora y el contenido del formulario de vinculación. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 157 a 181).

Porvenir S.A. interpuso demanda de reconvención para que se ordene a Patricia del Socorro Delgado de Del Sordo devolver todos los dineros que haya recibido por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez. En respaldo de su pretensión, narró que la señora Delgado de Del Socorro se encuentra válidamente afiliada a esta administradora desde el 1º de mayo de 2000, con formulario de vinculación suscrito el 14 de abril de 2000, el 13 de enero de 2016 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la que fue otorgada a partir del 1º de mayo de la misma anualidad. Refirió que la demandada en reconvención inició proceso ordinario laboral a fin de que se declare la nulidad del traslado de régimen y en consecuencia se trasladen todos los valores existentes en ahorro individual a Colpensiones (f.º 221 a 224).

Al dar respuesta, Patricia del Socorro Delgado de Del Socorro rechazó la pretensión. En cuanto a los hechos, aceptó que desde el 1º de mayo de 2016 ha recibido el pago de mesadas pensionales, también que interpuso demanda ordinaria y que persigue se declare la ineficacia del cambio de régimen. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y del derecho, la buena fe, la falta de causa para pedir y las demás declarables oficiosamente (f.º 249 a 251).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de septiembre de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Se relevó del estudio de la demanda de reconversión y las excepciones propuestas frente al proceso. Condenó en costas a la parte demandante (f.º 259).

Como sustento de su decisión, señaló que a la demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de la AFP, es decir que ya no ostenta la calidad de afiliada y en consecuencia, no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación e imploró revocar la sentencia, pues no se tomó en consideración que la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado no brindó información a la accionante sobre las consecuencias del cambio, es decir, que no cumplió con la carga de demostrar que la promotora tomó la decisión de cambiarse de manera libre e informada, circunstancia que no se materializa con la simple suscripción del formulario de vinculación.

Expuso que la AFP tampoco le explicó en el año 2016, la forma en que la pensionaría, no le realizó ningún tipo de proyección, ni le puso al tanto de la forma en que se financiaría la prestación, ni hasta cuando se la pagaría, por ello, el hecho que a la accionante le haya sido reconocida la pensión de vejez no convalida, ni subsana la omisión en la que incurrió la AFP al momento del traslado. Adujo que de ser necesario debe concederse la pretensión de la demanda de reconversión para que Colpensiones constituya el capital con el cual financiará la pensión a su cargo. Finalmente, hizo referencia a pronunciamientos del Tribunal Superior de Bogotá en los cuales se declaró la ineficacia del traslado de régimen respecto de pensionados.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora quien actualmente percibe pensión de vejez.

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter*

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que la accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Porvenir S.A. en

mayo de 2016, pues así fue confesado en la demanda y en la contestación de la demanda de reconvención.

Ahora, la prestación que disfruta el demandante desde hace más de cuatro años en el régimen de ahorro individual, se paga en la modalidad de retiro programado, según lo certificó la AFP Porvenir S.A (f.º 94), es decir que se financia con el saldo de la cuenta individual. Resulta pertinente señalar que como la accionante cotizó al régimen de prima media con prestación definida 279 semanas, al trasladarse al régimen de ahorro individual se hizo acreedora a un bono pensional tipo A modalidad 2, que ayuda a financiar la prestación, el cual se redimió el 5 de agosto de 2016, y fue pagado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 243 y 244).

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021 que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque la calidad de pensionado no puede obviarse, tampoco el hecho que tanto la Nación en calidad de emisor y el Instituto de Seguros Sociales en calidad de contribuyente erogaron el dinero correspondiente al bono pensional, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente entre la demandante y la AFP Porvenir S.A. Por tanto, no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

Conviene señalar que al contestar la demandan de reconvención la señora Delgado de Del Sordo no negó haber solicitado la pensión, aunque indicó que lo hizo por falta de información sobre las consecuencias del cambio de régimen, ello no desvirtúa que en un acto voluntario requirió del régimen de ahorro individual el reconocimiento de una prestación que disfruta desde hace varios años.

De otro lado, aunque la citada Corporación señaló que en los casos en que los pensionados solicitan la ineficacia del traslado de régimen por falta al deber de información lo eventualmente procedente, es el reconocimiento de perjuicios. En el asunto bajo examen si bien en las pretensiones de la demanda se solicitó condenar a la AFP Porvenir S.A. a reconocer y pagar los perjuicios materiales y morales causados, la sentencia de primera instancia no abordó este problema jurídico y la parte demandante no manifestó inconformidad frente a esta situación al apelar. En consecuencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala no emite pronunciamiento alguno sobre el asunto.

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura confirmará la decisión analizada.

Sin costas en la apelación.

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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de septiembre 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 26-2019-00056-01