



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 35 2020 00082 01.
DEMANDANTE: ÁNGELA PATRICIA MURCIA RAMÍREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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).

Conforme al memorial de folio 17, se tiene como apoderado judicial de Colpensiones al Dr. SIMÓN ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR identificado con Cedula de ciudadanía No. 1.018.450.368 y T.P. No. 271.911 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 18 a 37).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Colfondos S.A., Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de enero 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 y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A.. En consecuencia, se condene a Colfondos a trasladar a Colpensiones el saldo en cuenta individual. A Colpensiones a aceptar el traslado. Se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de marzo de 1957 y cotizó al Instituto de Seguros 474 semanas. Para el 1º de abril de 1994 contaba con 37 años de edad y el 25 de julio de 2005 con más 988 semanas cotizadas, lo que la hace beneficiaria del régimen de transición. El 19 de mayo de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Protección S.A., luego el 4 de mayo de 2001 se cambió horizontalmente a la AFP Colfondos. Adujo que los asesores de la administradora le indicaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y los aportes que había realizado podían perderse, mientras que en el fondo obtendría una mejor mesada pensional, por su parte Colfondos le ofreció mejor rentabilidad. Expuso que no le fueron informadas las ventajas, desventajas, condiciones, de cada régimen pensional, no le realizó proyecciones.

La AFP Colfondos le realizó una proyección de su mesada pensional indicándole que sería de \$1.197.297, en tanto que en Colpensiones ascendería a \$2.061.898. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el traslado pero su solicitud fue rechazada (Expediente Virtual).

Al dar respuesta **Colpensiones**, se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la promotora, la fecha de afiliación al régimen de prima media y las semanas cotizadas al mismo, la edad con la que contaba a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la fecha de traslado RAIS, también la reclamación administrativa y su respuesta. En relación con los demás, manifestó no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de

descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media; la inexistencia de causal de nulidad, la caducidad, el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital).

Al contestar la AFP **Protección S.A.** rechazó las pretensiones. En relación con los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su edad al 1º de abril de 1994, el traslado al régimen de ahorro individual, el traslado horizontal entre AFP. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe; la prescripción; el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y el sistema general de pensiones; el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; el traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos y las demás declarables de forma oficiosa (Expediente digital)

Por su parte, la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento de la accionante, la de traslado al RAIS, la proyección pensional realizada. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción por pasiva; la buena fe; la ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.; la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; la compensación y el pago, y las demás declarables oficiosamente (Expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 21 de enero de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A.. En consecuencia, ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la demandante, junto con sus frutos, intereses y rendimientos. Condenó a Protección y a Colfondos a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración en el tiempo en que estuvo afiliada a cada AFP. Condenó a Colpensiones a afiliarla y recibir todos los aportes efectuados al RAIS y dispuso a Protección S.A. a pagar las costas del proceso (Expediente digital).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Protección S.A.** imploró revocar la sentencia en cuanto le ordenó trasladar las sumas descontadas a la accionante por concepto de gasto de administración, pues tales deducciones se encuentran previstas en la ley para cubrir la gestión de la administradora y para mantenerla cubierta para los riesgos de invalidez y muerte. Sostuvo que estos dineros no están destinados a financiar la pensión, lo que se constituyó un enriquecimiento sin causa. Alegó que la Superintendencia financiera

señaló que ante la declaración de ineficacia no es procedente la devolución de los rubros señalados.

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

Colpensiones por su parte solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que no se cumplen los presupuestos facticos y jurídicos para declarar la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, como quiera que la demandante se vinculó conforme a los presupuestos legales vigentes para la época. Alegó que no se demostró la configuración de ningún vicio del consentimiento.

Argumentó que permitir el traslado de régimen de un apersona que nunca ha cotizado al fondo común y que esta próxima a pensionarse resulta contrario a los preceptos constitucionales de equidad y de eficiencia, además atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema. Precisó que Colpensiones debe ser autorizada a solicitar por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se generen con el reconocimiento de la prestación.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 13 de marzo de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 37 años y 385.29 semanas cotizadas a Colpensiones. Conviene señalar que aunque en comunicación emitida por Colfondos se relaciona un vínculo laboral con el Inurbe, la parte accionante no allegó el certificado correspondiente para

acreditar dichos tiempos (Expediente digital). 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 19 de mayo de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º expediente digital), el que se hizo efectivo a partir del 1º de junio de 1994 (expediente digital). Asimismo, Colfondos al contestar la demanda indicó que la accionante se vinculó a esta administradora el 4 de mayo de 2001, con efectividad a partir del 1º de julio de 2001.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1994 se trasladó a Protección porque escuchó a un asesor de la AFP que esto era más benéfico, pues el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y en el fondo privado iba a obtener rendimientos, pero no se encargó de verificar esta información, luego se trasladó a Colfondos porque el promotor le indicó que esta AFP era más fuerte. Confesó que cuando realizó el traslado horizontal no verificó que el Instituto de Seguros Sociales no se había liquidado, refirió que pretende el regreso a prima media pues la mesada que obtendrá en ahorro individual.

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 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 Colfondos 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 la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliada a dichos fondos, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”*(SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia 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 el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 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 *adlocum de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANGELA PATRICIA MURCIA RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 35 2020 00082 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 034 2018 00598 01
DEMANDANTE: HECTOR HUGO BARRERO RUSSI
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS 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 Colfondos S.A., AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, condenar a que las afiliaciones a Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. estuvieran viciadas de nulidad. Se disponga a Colpensiones a activar la afiliación en pensión del demandante. A las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 16 de marzo de 1962, se afilió en 1987 al régimen de prima media con prestación definida y se trasladó en abril de 1998 a la AFP Colfondos a través de engaños y sin el suministro de información clara, precisa y concreta. Señaló que por esas mismas malas asesorías en octubre de 2010 se trasladó a Skandia S.A., en noviembre de 2011 a la AFP Porvenir S.A. y finalmente en noviembre de 2016 a Old Mutual S.A. Además, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada.

Al dar respuesta a la demanda, **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías** se opuso a las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y afiliación del demandante, así como la fecha de radicación de petición. De los otros indicó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y demás declarables oficiosamente. (f.º 265 a 293 expediente virtual).

Por su parte, **Old Mutual Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y de reclamación del demandante. Frente a los restantes indicó no constarle o no es cierto. En respaldo de sus intereses propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables de oficio. (f.º 315 a 336 expediente virtual).

La **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y de reclamación del demandante. De los otros indicó no constarle o no es cierto. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones

demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio. (f.º 374 a 392 expediente virtual).

Colpensiones se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, de afiliación y de reclamación administrativa. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente. (f.º 419 a 450 expediente virtual).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de febrero de 2021, declaró la nulidad del 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 Colfondos S.A. y posteriormente su afiliación a la AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. Condenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, intereses y rendimientos. Ordenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre Old Mutual S.A. Declaró no probada las excepciones. Condenó en costas a la AFP Old Mutual S.A. y a la AFP Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Colfondos S.A., no demostró haber brindado la información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen

pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse. Tampoco se acreditó dicha circunstancia en los traslados horizontales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Colfondos S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia al suscribir el demandante contrato de afiliación, por lo que el mismo goza de plena validez. Señaló que no se probó alguna causal que afecte la validez del negocio jurídico, máxime cuando la demandada entregó todos los elementos de juicio para tomar una decisión libre y voluntaria. Advirtió que el error de derecho no vicia el consentimiento y que el demandante tenía meras expectativas, más no la consolidación de un derecho.

Colpensiones por su parte aduce que no tuvo injerencia en la afiliación del demandante en el régimen de ahorro individual. Refirió que al suscribir el formulario de afiliación se aceptan las condiciones del régimen de ahorro individual. Además, nunca se acercó a Colpensiones para solicitar información.

La **AFP Porvenir S.A.** implora la revocatoria de la condena en costas por cuanto no participó en el acto de traslado de régimen del demandante.

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 *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 el promotor del juicio nació el 16 de marzo de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 253,57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 69 y 75 expediente virtual). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 28 de abril de 1998 así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 119 expediente virtual) Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colfondos S.A desde el 1º de junio de 1998 al 30 de septiembre de 2010; a

Old Mutual S.A. del 1º de octubre de 2010 al 31 de octubre de 2011; a Porvenir S.A. del 1º de noviembre de 2011 al 31 de octubre de 2016 y del 1º de noviembre de 2016 en adelante a la AFP Old Mutual S.A (f.º339 expediente virtual).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que al momento de traslado se encontraba vinculado con la empresa Andecia y se trasladó por cuanto se le informó que el Seguro Social se iba a acabar. Además, que su pensión tendría mejor rentabilidad. Advirtió que dichas circunstancias se explicaron a través de una reunión grupal en la empresa.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación 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 Old Mutual S.A. a la cual se encuentra afiliado actualmente el 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.

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

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

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una

controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, Porvenir S.A. resultó derrotada, pues esta se opuso a la totalidad de pretensiones y fue declarada la ineficacia del traslado.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de febrero de 2021, para

en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 25 de febrero de 2021, en el sentido de CONDENAR a la AFP Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado al actor mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia analizada para CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado al actor mientras estuvo afiliado a dichos fondos privados por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

CUARTO: 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.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

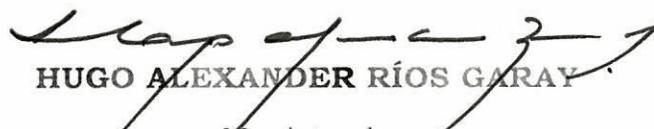
SEXTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 34-2018-00598-01

Actuación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HECTOR HUGO BARRERO RUSSI
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00598 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 34 2018 00383 01
DEMANDANTE: JANETH ROJAS FLÓREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SKANDIA PENSIONES Y
CESANTÍAS 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 Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que la ineficacia y como consecuencia la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Old Mutual S.A hoy Skandia S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados como dispone el artículo 1746 del Código Civil. A Colpensiones a tramitar el recaudo de los dineros que posee la AFP. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de marzo de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de abril de 1982 hasta el 31 de mayo de 1996. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Pensionar y realizó su primer aporte para junio de 1996. Adujo que el fondo privado no le brindó información cierta, clara, veraz, oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, tampoco sobre las consecuencias del traslado. Finalmente, expuso que reclamó administrativamente el traslado de régimen (f.º34 a 61).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento de la demandante, la de afiliación a prima media y la de traslado al régimen de ahorro individual, las reclamaciones y sus respuestas. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de existencia de la obligación; el error de hecho no vicia el consentimiento; la buena fe; la prescripción y las demás declarables de forma oficiosa (f. 80 a 94).

Al responder la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, el periodo de vinculación al Instituto de Seguros Sociales y la fecha de traslado a ahorro individual, la petición elevada a la entidad y su contestación. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, la buena fe; el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º124 a 148).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual efectuado el 09 de mayo de 1996 a través de la AFP Old Mutual Pensiones y cesantías S.A hoy Skandia S.A.. Condenó a la AFP a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Skandia S.A. (f.º 199 a 201)

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado la información respecto de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma 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

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación al argumentar que la demandante al momento del traslado no tenía derechos adquiridos, con lo cual no se le vulneró ningún derecho pensional y su inconformidad radica exclusivamente en el monto de la pensión. Sostuvo que la actora cuando solicitó el traslado a prima media estaba incurso en la prohibición de trasladarse de régimen, en razón de la edad prevista en la Ley 797 de 2003.

Señaló que al concederse el traslado a la promotora se afecta las sostenibilidad financiera, pues la entidad tendrá que reconocer la pensión a quien no ha contribuido con aportes al fondo común.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 31 de marzo de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 471.96 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 5, 13 y 14). 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 08 de mayo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Pensionar S.A. (f.º 154) el que se hizo efectivo el 1º de julio de la misma anualidad (f.º 164)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que inició su vida laboral en el año 1982, época para la cual se afilió al Instituto de Seguros Sociales, luego en mayo de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual porque un funcionario de la AFP visitó su lugar de trabajo y le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que les convenía trasladarse al fondo privado porque allí podrían pensionarse de manera anticipada, con un monto superior, además su dinero generaría rentabilidad. Aseguró que nunca le hicieron un comparativo, tampoco le fue presentado el reglamento de la AFP o su modelo pensional. Refirió que el formulario fue diligenciado por el asesor con los datos que ella le proporcionó y temerosa de perder todo lo que ya había cotizado firmó voluntariamente el documento. Expuso que no recibe extractos y que fue ella quien buscó recibir asesoría sobre su futuro pensional hace 4 años, época para la cual no podía trasladarse a prima media.

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 para obtener una mesada superior y de manera anticipada o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de

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

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

Por tanto, la AFP Skandia 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 adiciona la decisión en este punto, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó la devolución de gastos de administración.

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

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse

en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de julio de 2020, únicamente en cuanto declaró la nulidad del traslado, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia, en el sentido de indicar que la AFP Skandia S.A. además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración.

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

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta 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
salvamento de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JANETH ROJAS FLOREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00383 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 32 2020 00171 01
DEMANDANTE: YANIRA MURILLO RODRÍGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.

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

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia de la afiliación efectuado con Colfondos AFP S.A. el 18 de diciembre de 2000. En consecuencia, se condene a Colpensiones a aceptar el regreso de prima media sin solución de continuidad y al fondo privado que gire con destino a Colpensiones todos los valores que correspondan a las cotizaciones efectuadas. Se reconozcan los derechos en virtud de las facultades extra y ultra *petita* y costas a cargo de las demandadas. Subsidiariamente, declarar la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante con Colfondos. En consecuencia de la nulidad, se condene a Colpensiones a aceptar el regreso a prima media sin solución de continuidad y a Colfondos a girarle a Colpensiones todos los valores correspondientes a las cotizaciones.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 15 de agosto de 1972 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 24 de febrero de 1995 hasta el 18 de diciembre de 2000, fecha en que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. Señaló que ha cotizado más de 1.247 semanas. Adujo que la AFP no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban en ambos regímenes, no le hizo un estudio de su situación particular, tampoco le explicó las implicaciones de firmar el documento. Indicó que reclamó administrativamente el 21 de febrero de 2020 y Colpensiones se negó.

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, que actualmente es cotizante activa de Colfondos S.A., las semanas cotizadas, la fechas de afiliación al ISS, de traslado de régimen y la reclamación administrativa junto con su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; la responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; la buena fe; la falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; la inexistencia del derecho reclamado; la prescripción y las demás declarables oficiosamente.

Al responder, la **AFP Colfondos S.A.** únicamente se opuso al éxito de la condena en costas. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la edad, la fecha de afiliación a la AFP y la solicitud presentada a la entidad junto con la respuesta. Señaló no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de la buena fe, la compensación y pago y las declarables oficiosamente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2021, declaró probadas las excepciones de buena fe formulada por Colfondos y la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos e inexistencia del derecho reclamado formulado por Colpensiones. Absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra. Costas a cargo de la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que la demanda se origina en una serie de suposiciones sobre hechos de terceros pero que ella, a pesar de recibir una doble asesoría en la que le explican las características de cada uno de los regímenes pensionales, no prestó la debida atención. Asimismo, argumentó que no fue diligente y que en el proceso utilizó argumentos recurrentes, pero que no son acordes a la realidad con el fin de obtener un supuesto beneficio, que no es beneficio, y sin un sustento verdadero.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme **la parte demandante** interpuso recurso de apelación, debido a que no es dable que se le atribuya una falta de diligencia, toda vez que la asesoría que deben brindar las AFP no puede recaer en la demandante y que deben ser de manera completa, oportuna y eficiente sin ceñirse no solo al momento de la afiliación, sino durante su duración. Afirmó que acudió de manera autónoma a la doble asesoría por parte del fondo privado y de Colpensiones para determinar su situación pensional, no obstante, al no mantener una constante asesoría no pudo establecer el momento oportuno para acceder a una asesoría de esta magnitud. De igual manera, quedó comprobado que la asesoría brindada por Colpensiones fue verbal, simple, que no cumple con los parámetros establecidos en la jurisprudencia y en la ley, pues careció de una información suficiente, amplia, oportuna y no cumplió con los requisitos esbozados en la sentencia SL 1795 de 18 de octubre de 2017.

Apeló que por el grado de escolaridad y la complejidad le fue difícil comprender lo transmitido por Colfondos vía telefónica. Asimismo, solicita se revise la situación pensional, pues al tener más de 1150 semanas tendrá derecho a una pensión mínima, lo que tener más semanas le beneficia para obtener la pensión en el régimen de prima media por superar las 1300 semanas y aumentar 1.5% el valor de la mesada a liquidar.

IV. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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 la demandante nació el 15 de agosto de 1972, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 21 años y no había cotizado semanas 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 18 de diciembre de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo el 1º de febrero de 2001, según historial de vinculaciones visible en el expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que ha trabajado en una casa de familia como empleada doméstica, que en el año 2000 se acercó un asesor al lugar de trabajo de su esposo, quien era vigilante, y le manifestó que el Seguro Social se iba a acabar y perdería dinero, por lo que simplemente firmó, cuando era joven, sin tener una asesoría. Indicó que conoce que con Colpensiones va a tener una pensión segura para la vejez, según la información que le ha brindado su empleador y aseguró que en Colfondos iba a recibir una mesada pensional muy baja, por tal motivo no quiere estar Colfondos. Confesó que recibió una asesoría para trasladarse de régimen pero cuando hizo la solicitud fue muy tarde, igualmente cuando llamó al fondo privado no entendió la información que le dieron.

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 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 para tener una mesada pensional superior, o que el ISS 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.

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales y los gastos de administración debidamente indexados y rendimientos 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.

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).

Finalmente, advierte el Ponente que si bien en oportunidades pasadas entendía la reasesoría como cumplimiento de la obligación de información por parte de la AFP, lo cierto es que dicho criterio se recoge para dar aplicación a lo establecido por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia SL1688 de 2019, en la que concluyó que la oportunidad para brindar la información es al momento del traslado inicial y no con posterioridad, postura que se acogió por esta Sala en sentencia del 31 de mayo de 2021 dentro del proceso con radicado n.º. 03 2019 00297 01, con ponencia del Dr. Hugo Alexander Ríos Garay.

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

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

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 32-2020-00171-01
salvamento de voto.

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: YANIRA MURILLO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN 11001 31 05 032 2020 00171 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

Del interrogatorio de parte expuesto por la demandante se deduce que efectivamente el fondo le otorgó información sobre los aspectos del traslado de régimen de pensiones, aunado a que el traslado se dio de manera voluntaria con base en la información que le dio el Fondo, relacionada entre otros aspectos, con que podía pensionarse a cualquier edad.

Aunado a lo anterior, se tiene que la demandante que ya cuenta con las 1150 semanas necesarias en el régimen de ahorro individual para obtener a la edad de 57 años la pensión de garantía mínima, en la medida en que siempre ha cotizado con el salario mínimo, sin que le sea menester cumplir las 1300 semanas exigidas en el régimen de prima media; por lo que se le podría causar un perjuicio a la accionante en la medida en que no pertenece al régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden de ideas, no había lugar a revocar la decisión de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 32 2019 00040 01
DEMANDANTE: RUTH MARÍA GÓMEZ
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 las demandadas AFP Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre 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 nula la vinculación y traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene al fondo privado a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil. Se dispongan costas en cabeza de Porvenir S.A. Como petición especial solicitó vincular a Colpensiones en calidad de litis consorte cuasi necesario.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de agosto de 1965 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 17 de enero de 1991 hasta el 31 de diciembre de 1998, donde cotizó un total de 386,29 semanas, también que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. el 1º de enero de 1999. Adujo que la AFP no le informó, ni le hizo un estudio claro sobre la conveniencia o una comparación de la pensión en ambos regímenes, no le brindó información clara, precisa y oportuna sobre sus características, ventajas y desventajas; omitió advertirle que sólo podría regresar a prima media si estaba a más de 10 años de acceder a la edad de pensión. Afirmó que ha cotizado en el RAIS 890 semanas.

Sostuvo que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en el régimen de prima media en el momento en que alcance los requisitos de edad y semanas cotizadas. Por su cuenta contrató la elaboración de una proyección pensional con la que pudo verificar una diferencia en la mesada pensional y el consecuente perjuicio causado por la AFP al trasladarla (f.º 4 a 20 Expediente Digital).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente las fechas en que

estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; la buena fe; el cobro de lo no debido; la falta de causa para pedir; inexistencia del derecho reclamado; la compensación; la prescripción y las demás declarables oficiosamente. (f.º 81 a 95 Expediente Digital)

Al responder, la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha en que terminó la vinculación al Instituto de Seguro Social, los empleadores con los que cotizó en el régimen de prima media, el ofrecimiento por parte de los asesores para trasladarse de régimen y las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual. Señaló no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las declarables oficiosamente (f.º 127 a 144 Expediente Digital)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual efectuado por la AFP Porvenir el 12 de diciembre de 1998. Condenó al fondo privado a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Dispuso a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada previo al traslado. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a cargo de Porvenir.

Como sustento de su decisión, señaló que los fondos de pensiones tienen el deber de suministrar a los afiliados o potenciales afiliados información clara y suficiente por lo que esta en cabeza de las AFP la carga de la prueba de demostrar que ello sucedió, lo que no aconteció en el

presente proceso, porque la AFP no allegó prueba que hubiera suministrado información sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales y no basta con la simple firma del formulario de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.**, argumentó que se le están exigiendo obligaciones respecto del deber de información que no se encontraban previstas en la ley para el año 1998 y que sólo vinieron a desarrollarse a partir del Decreto 2555 de 2010. Alegó que en el interrogatorio de parte la demandante confesó haber recibido información. Adujó que no es procedente devolver los gastos de administración y los seguros previsionales.

Por su parte, **Colpensiones** discutió que el juzgado no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica bajo el entendido que es un tercero en el acto jurídico de traslado y no puede verse perjudicada por la decisión de la declaratoria de nulidad o inexistencia por falta al deber de información. Sostuvo que la sentencia afecta el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005, pues los dineros que se trasladen no resultan suficientes para financiar la pensión de vejez de la demandante que no ha contribuido al fondo común. Asimismo, puso de presente que la demandante se encuentra en una prohibición legal para trasladarse de régimen por estar a menos de 10 años de alcanzar la edad para acceder a 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 la 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la demandante nació el 28 de agosto de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 150,54 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 33 y 48). 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 12 de diciembre de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 164), el cual se hizo efectivo el 1º de febrero de 1999, según historial de vinculaciones de folio 163.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento del traslado trabajaba para una constructora la que llevó a una persona del fondo de pensiones a dar una charla general a nivel empresarial. El promotor les expuso que era mucho mejor pensionarse con la AFP porque tendrían una pensión vitalicia superior a la que podría otorgarles el Instituto de Seguros Sociales, pero no brindó ningún tipo de información más precisa, no explicó las características del fondo, tampoco la forma y los requisitos para acceder a la pensión en cada régimen. Confesó que al cumplir 52 años de edad visitó una oficina del fondo y allí le informaron que no podría acceder a pensión porque la plata ahorrada no era suficiente y que a los 57 años de edad le devolverían su dinero. Expuso que desea regresar a prima media porque no quiere que le den dinero sino acceder a una pensión.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la 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, 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. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

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

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión de primera instancia 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

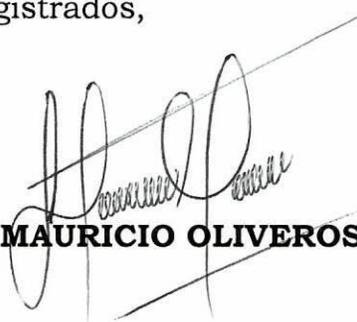
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2020, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir 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 32-2019-00040-01

declaración de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RUTH MARÍA GOMEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 032 2019 00040 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 25 de marzo 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 25 de marzo 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 25 de marzo 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 25 de marzo de 2021

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.

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.


ANGELA 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 34 2018 00383 01
DEMANDANTE: JANETH ROJAS FLÓREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SKANDIA PENSIONES Y
CESANTÍAS 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 Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que la ineficacia y como consecuencia la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Old Mutual S.A hoy Skandia S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados como dispone el artículo 1746 del Código Civil. A Colpensiones a tramitar el recaudo de los dineros que posee la AFP. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 31 de marzo de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de abril de 1982 hasta el 31 de mayo de 1996. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Pensionar y realizó su primer aporte para junio de 1996. Adujo que el fondo privado no le brindó información cierta, clara, veraz, oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales, tampoco sobre las consecuencias del traslado. Finalmente, expuso que reclamó administrativamente el traslado de régimen (f.º34 a 61).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento de la demandante, la de afiliación a prima media y la de traslado al régimen de ahorro individual, las reclamaciones y sus respuestas. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de existencia de la obligación; el error de hecho no vicia el consentimiento; la buena fe; la prescripción y las demás declarables de forma oficiosa (f. 80 a 94).

Al responder la AFP Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, el periodo de vinculación al Instituto de Seguros Sociales y la fecha de traslado a ahorro individual, la petición elevada a la entidad y su contestación. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, la buena fe; el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º124 a 148).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de julio de 2020, declaró la nulidad del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual efectuado el 09 de mayo de 1996 a través de la AFP Old Mutual Pensiones y cesantías S.A hoy Skandia S.A.. Condenó a la AFP a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos. Condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre la AFP y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Skandia S.A. (f.º 199 a 201)

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado la información respecto de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma 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

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación al argumentar que la demandante al momento del traslado no tenía derechos adquiridos, con lo cual no se le vulneró ningún derecho pensional y su inconformidad radica exclusivamente en el monto de la pensión. Sostuvo que la actora cuando solicitó el traslado a prima media estaba incurso en la prohibición de trasladarse de régimen, en razón de la edad prevista en la Ley 797 de 2003.

Señaló que al concederse el traslado a la promotora se afecta las sostenibilidad financiera, pues la entidad tendrá que reconocer la pensión a quien no ha contribuido con aportes al fondo común.

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la 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 31 de marzo de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 471.96 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 5, 13 y 14). 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 08 de mayo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Pensionar S.A. (f.º 154) el que se hizo efectivo el 1º de julio de la misma anualidad (f.º 164)

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que inició su vida laboral en el año 1982, época para la cual se afilió al Instituto de Seguros Sociales, luego en mayo de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual porque un funcionario de la AFP visitó su lugar de trabajo y le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que les convenía trasladarse al fondo privado porque allí podrían pensionarse de manera anticipada, con un monto superior, además su dinero generaría rentabilidad. Aseguró que nunca le hicieron un comparativo, tampoco le fue presentado el reglamento de la AFP o su modelo pensional. Refirió que el formulario fue diligenciado por el asesor con los datos que ella le proporcionó y temerosa de perder todo lo que ya había cotizado firmó voluntariamente el documento. Expuso que no recibe extractos y que fue ella quien buscó recibir asesoría sobre su futuro pensional hace 4 años, época para la cual no podía trasladarse a prima media.

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 para obtener una mesada superior y de manera anticipada o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de

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

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

Por tanto, la AFP Skandia 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 adiciona la decisión en este punto, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó la devolución de gastos de administración.

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

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse

en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el punto primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de julio de 2020, únicamente en cuanto declaró la nulidad del traslado, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral segundo de la sentencia, en el sentido de indicar que la AFP Skandia S.A. además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración.

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

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

QUINTO: Sin COSTAS en la consulta 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
salvamento de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JANETH ROJAS FLOREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00383 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 38 2018 00219 01.
DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO AVELLANEDA CASTELLANOS
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 el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de noviembre de 2020.

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. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar todos los aportes y bonos pensionales junto con sus rendimientos sin lugar a descuento alguno por concepto de gastos de administración o cualquier otro y asumiendo la disminución en el capital de financiación de la pensión. En caso de haberse otorgado pensión condenar a la AFP a continuar pagándola hasta cuando se trasladen los recursos y sea incluida en nómina de pensionados. Se disponga a Colpensiones a recibir los valores, activar la afiliación, en prima media. 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 el 26 de junio de 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales. Como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A el 18 de enero de 1995. Adujo que al momento de la afiliación no le proporcionaron información suficiente, veraz y oportuna sobre las ventajas, desventajas, características de los regímenes pensionales, la forma en que se pensionaría, tampoco que perdería el régimen de transición, ni le efectuó proyecciones o comparativos.

Señaló que la AFP Porvenir le entregó una proyección según la cual en el RAIS obtendría una mesada de \$1.892.519, entre tanto, en el régimen de prima media ascendería a \$5.362.657. Finalmente, que reclamó ante las administradoras la nulidad del traslado (f.º 2 a 37 expediente digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de afiliación a pensiones, el traslado entre AFP y las reclamaciones presentadas. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento; la buena fe; la prescripción; la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas; y las demás declarables oficiosamente (f.º 227 a 237 expediente digital).

Al contestar, la **AFP Porvenir S.A** rechazó las peticiones del actor. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de afiliación a prima media, la de afiliación a ahorro individual, la afiliación actual y las peticiones elevadas así como sus respuestas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; la buena fe, la prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; el enriquecimiento sin causa; la inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones; debida

asesoría del fondo, y las demás declarables oficiosamente (f.º. 255 a 270 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de noviembre de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Se relevó del estudio de las excepciones e impuso costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que las AFP están vedadas para rechazar la afiliación de algún afiliado a menos que sean los que señala la ley expresamente; no obstante, el actor no se encuentra excluida y el fondo privado debía aceptar su vinculación. Asimismo, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento como el error, la fuerza o dolo, en el acto del traslado, pues no se evidencia que se hayan desplegado por parte del fondo, maniobras tendenciosas o fraudulentas para desmejorarle las condiciones pensionales, tampoco para inducirla por lo que concluyó que el cambio fue un acto voluntario del actor. De otro lado, consideró que ordenar el traslado de manera automática implicaría una afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y se violaría el principio de igualdad con el que cuentan los afiliados al sistema pensional porque se permitiría el traslado a quien está incurso en una prohibición legal, pues está a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, por lo que imploró revocar la sentencia, pues nunca obtuvo información clara, precisa y oportuna y la AFP no demostró algo distinto. Precisó que el consentimiento informado no se prueba con la suscripción del formulario pre impreso, por lo que se evidencia que el fondo no cumplió con su deber de asesoría y buen consejo. Sostuvo que conforme a la demanda y el interrogatorio de parte se encuentra demostrado que el demandante se

trasladó porque le informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y podría perder las semanas ya cotizadas, en todo caso la AFP no demostró haber realizado ninguna proyección pensional, tampoco que le informó la opción de regresar a prima media.

Para resolver lo pertinente se exponen las siguientes

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por el actor o si el mismo es válido al no haberse configurado ningún vicio del consentimiento.

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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 12 de septiembre de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 37 años y 378.01 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º71 y 46 y 246 expediente digital). 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 18 de enero de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. (f.º 50 y 273 expediente digital), el que se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de 1995 (f.º 272 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el momento del traslado laboraba en Santander de Quilichao, su empleador le comunicó que una asesora de la AFP visitaría el lugar, que todos los trabajadores debían reunirse atenderla y prestarle toda la colaboración y si querían trasladarse. Aseguró que la funcionaria de la AFP les manifestó que el Seguro Social se iba a acabar y podría perder todos los aportes que había realizado, entre tanto, en el fondo privado podría pensionarse de manera anticipada. Señaló que en la zona en la que laboraba no existían oficinas del seguro por lo que no tuvo la oportunidad de verificar la información que le dieron y confesó que tampoco se acercó a las oficinas de la AFP antes de cumplir los 52 años de edad, en razón a que por su trabajo como ingeniero debe estar en distintas zonas rurales del país. Expuso que leyó por encima el formulario, toda vez que, la funcionaria tenía afán de retirarse, por eso lo suscribió rápidamente. Aceptó que recibe extractos pero sólo revisa que los empleadores aporten. Explicó que se trasladó a Porvenir porque el promotor le prometió reconstruir su historia laboral para que no perdiera las cotizaciones efectuadas a prima media.

Dijo que cuenta con 63 años de edad y no ha accedido a la pensión, porque la mesada que le ofrece la AFP es muy baja.

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.

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 no perder los aportes realizado al fondo público ante su inestabilidad, 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.

Así las cosas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe

abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y 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.

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

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

Sin costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

I. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *actuación de voto.*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS ALBERTO AVELLANEDA CASTELLANOS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 038 2018 00219 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, s11688-2019, 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 035 2019 00149 01
DEMANDANTE: ASTRID FORTICH PÉREZ
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 el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 9 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual. Se declare como afiliación válida efectuada a prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones efectuadas por la demandante al RAIS. Ordenar a Colpensiones contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas a la AFP. Asimismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de mayo de 1959 y desde el 18 de octubre de 1978, se afilió al Instituto de Seguros Sociales. Laboró para Corvivienda durante el periodo comprendido entre el 20 de octubre de 1992 a 31 de julio de 1995 como quiera que su empleador era un establecimiento público del orden distrital y la Ley 100 de 1993 entró en vigencia el 30 de junio de 1995. Refirió que el 31 de mayo de 1995 la AFP Horizonte hizo presencia en la entidad y citó a varios trabajadores a fin de ofrecerles información y así lograr su vinculación, pero no asistió por motivos laborales. Lueg, fue mal influenciada por sus compañeros y por el asesor quien simplemente le entregó el formulario para su diligenciamiento y suscripción y el cual no tiene constancia de radicación ante la AFP.

Aseguró que con posterioridad el funcionario encargado del proceso de afiliación en Gestión Humana de la entidad le informó a ella y a sus compañeros que esos formularios de afiliación no serían tramitados. Afirmó que ella diligenció formulario de vinculación al ISS el 30 de junio de 1995 en calidad de servidora pública vinculada a Corvivienda. Adujo que confió en que la afiliación a Horizonte no surtió efecto y, por ello continuaba vinculada a prima media. Para el 5 de mayo de 1998 suscribió solicitud de afiliación y traslado a la AFP Colpatria.

Asegura la demandante que ni Horizonte ni Colpatria a través de sus agentes comerciales le brindaron la asesoría debida y concienzuda, no le brindaron información completa y suficiente sobre las características de cada régimen y las ventajas y desventajas del traslado, así como la forma en la que accedería a la pensión en cada escenario, tampoco la posibilidad que tenía de retractarse y el periodo con el que contaba para regresar.

Indicó que mediante certificación del 13 de marzo de 2015, Colpensiones le informó que su traslado había sido anulado y que se encontraba válidamente afiliada a prima media, asimismo, lo hizo Porvenir S.A. el 03 de marzo de 2015. En consecuencia, el 29 de enero de 2016 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez la cual fue negada al argumentar que existía incongruencia en la fecha de nacimiento,

al estar inconforme interpuso recursos de ley y mediante Resolución GNR 242547 del 18 de agosto de 2017 la entidad reconoció la prestación de vejez, pero condicionó su pago al retiro del servicio público, por lo que presentó renuncia a su cargo de Jefe de Oficina en el Ministerio de Transporte, aceptada mediante Acto Administrativo n.º 3990 del 29 de septiembre de 2017.

Sostuvo que presentó la aceptación de su renuncia a Colpensiones y en ese momento la entidad mediante Auto n.º 128 del 9 de marzo de 2018 dio apertura a proceso de investigación n.º 25-18 por haber incurrido presuntamente en irregularidades para lograr la anulación de su traslado al ahorro individual, así como el reconocimiento pensional; el que terminó con auto de cierre n.º 1732 del 2 de agosto de 2018 en el que se concluyó que no manipuló documentación o funcionarios para la obtención de la anulación de su afiliación y que por haber insistido en su traslado en tres oportunidades con apoderados distintos y con argumentos diferentes había inducido en error a la administración, por lo tanto era viable revocar la resolución mediante la cual se reconoció la pensión, lo que hizo mediante Acto Administrativo SUB 230012 del 30 de agosto de 2018.

Señaló que cuenta con 59 años de edad y no disfruta de pensión de vejez, pese a haber laborado por más de 26 años. Finalmente, reclamó administrativamente la nulidad del traslado en octubre de 2018 (f.º 146 a 166 subsanación).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, los empleadores a través de los cuales cotizó, las reclamaciones presentadas y los actos administrativos emitidos en respuesta, también la apertura del proceso de investigación, su terminación y conclusión, así como la revocatoria de la resolución que le había reconocido el derecho pensional. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho

de reclamar, la prescripción, la buena fe, inexistencia de intereses moratorio e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 180 a 193).

Al contestar, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, acepto únicamente la absorción de la AFP Horizonte y Colpatria por Porvenir S.A. Frente a los restantes manifestó no ser hechos, no constarle o no ser ciertos. 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 253 a 290).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 9 de septiembre de 2020, declaró ineficaz el traslado al RAIS con la AFP Porvenir S.A., en consecuencia ordenó a esta AFP trasladar todos los aportes efectuados por la demandante, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, junto con sus rendimientos a Colpensiones. Dispuso que Colpensiones y Porvenir S.A. realicen la depuración y trámites administrativos a efectos de que tales dineros ingresen efectivamente a las arcas de Colpensiones sin establecer trámites adicionales. Condenó a Porvenir a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos administrativos. A Colpensiones afiliar a la accionante y recibir todos los aportes que efectuó en Porvenir y costas a la AFP (Expediente virtual).

Como sustento de su decisión, señaló que la demandante estuvo en una situación de “*indeterminación*” pensional y si bien, Colpensiones le reconoció pensión de vejez, luego revocó su decisión en ejercicio de una facultad legal, cuya calificación no le compete realizar al Juzgado en el presente proceso, además porque la actora confesó no haber interpuesto ningún recurso contra la resolución a través de la cual le fue revocado el reconocimiento de la pensión. Concluyó que la AFP no demostró que la

actora recibió información clara, suficiente y detallada al momento del traslado que le permitiera tomar una decisión consciente.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones lo hizo al argumentar que no se configuran los presupuestos procesales para declarar la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual acto jurídico que debe ser analizado conforme lo dispone la Ley 100 de 1993. Alegó que el hecho del traslado configura la vinculación al régimen, sin embargo no determina el monto de la pensión, además que la demandante no demostró cuál es el monto de la mesada pensional que le correspondería, ni el perjuicio ocasionado. Por último, que el traslado que se ordena afecta el la sostenibilidad del fondo común y por el contrario contribuye a su descapitalización.

Por su parte la **AFP Porvenir S.A.** sostuvo al apelar que no se hizo un estudio juicioso y detallado del proceso, toda vez que nada se dijo frente a la multiafiliación con lo cual se le permite a la accionante pasar por encima del ordenamiento jurídico y presentar cualquier tipo de acción que pueda evitar su omisión frente a la acción que tenía que interponer contra la resolución que le quitó la mesada pensional.

De otro lado, no se tomó en consideración que Porvenir nunca tuvo dineros de la accionante ya que los aportes fueron realizados a Colpensiones, por tanto, no hay gastos de administración que se puedan descontar, porque la AFP jamás se lucro de esas cotizaciones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 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, el certificado de tiempos de servicio n.º 0010 del 19 de septiembre de 2008 y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 23 de mayo de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años de edad y 522 semanas, sumados los tiempos de servicio a Corvivienda y las cotizadas a Colpensiones (f.º 34, 52, 53 y expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 31 de mayo de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (f.º 64 y 292). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Horizonte desde el 1º de junio de 1994 al 30 de junio de 1998; a Colpatria desde el 1º de julio de 1998 al 28 de septiembre de 2000; a Horizonte desde el 29 de septiembre de 2000 al 30 de noviembre de 2000; a partir del 1º de diciembre de 2000 en adelante a Porvenir S.A., según historial de vinculaciones de folio 309.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que cuenta con 61 años de edad, contadora pública con posgrado en revisoría fiscal. Señaló que en el año 1995 prestaba sus servicios a Corvivienda en Cartagena, llegaron funcionarios de la AFP Horizonte a unas reuniones, a las que no pudo asistir por cuestiones laborales, luego sus compañeros y el jefe de talento humano que si lo hicieron, le explicaron las bondades del fondo y le recomendaron pasarse, el asesor le dejó el formulario, ella lo firmó y lo pasó a talento humano; no obstante, el jefe de personal le dijo que esa afiliación a Horizonte no iba a tener ninguna validez porque él iba a radicar los formatos del Seguro Social y todos se iban a quedar allí, pues tenían plazo hasta el 31 de junio de 1995, precisó que ella diligenció un nuevo formato de afiliación al ISS. Manifiesta que al momento de realizar la afiliación a Colpatria en el año 1998 el asesor de la AFP le dijo que el

Seguro Social estaba en quiebra, por lo que iba a perder sus aportes, lo que ella creyó porque para la época esa entidad tenía muy mala fama, además le refirió que se podía pensionar a cualquier edad y que la pensión iba hacer mejor que la del Seguro Social, por eso se trasladó y efectuó aportes porque confió en lo que el promotor le dijo.

Refiere que en el año 2013 se acercó a Porvenir a solicitar información sobre su futuro pensional y le indicaron que se iba a pensionar con un salario mínimo a los 57 años de edad, por tanto gestionó el regreso a Colpensiones, pero las respuestas fueron negativas. Decidió interponer una acción de tutela mediante la cual el Juzgado ordenó a Colpensiones verificar si era procedente que por carrera administrativa se diera el cambio, por lo que le solicitaron toda la información que tuviera disponible desde la convocatoria, lista de elegibles, posesión etc. Luego, en el año 2015 recibió notificación en la que le informaban que Porvenir y Colpensiones en comité habían estudiado su caso y determinado que pertenecía al régimen de prima media, desde allí, empezó a cotizar a Colpensiones. Al cumplir los 57 años de edad solicita la pensión, la que es reconocida por la entidad mediante resolución, en la que además le indicaban que tenía que presentar el retiro de donde laboraba, para poder ser incluida en nómina de pensionados, ella procedió a presentar la aceptación de renuncia del Ministerio de Transporte y luego Colpensiones le informó que no tenía derecho a pensionarse, sin haberle comunicado previamente que su resolución de reconocimiento estaba suspendida, porque el supuestamente los *“había hecho incurrir en error”*. Al no estar de acuerdo, interpuso una acción de tutela pero la entidad hizo caso omiso, incluso al incidente de desacato, por el contrario, abrió una investigación administrativa que duró 6 o 8 meses. Confesó que no interpuso ninguna acción ante lo contencioso administrativo y solamente instauró la presente demanda ordinaria.

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.

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que recordó la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Resulta pertinente señalar que conforme al estado de cuenta allegado por la AFP a folios 335 a 340 del expediente digital, esta administradora realizó descuentos por este concepto, por lo que no es procedente eximirla de reintegrarlos a Colpensiones.

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.

Conviene señalar que en la Resolución GNR 169615 del 10 de junio de 2016 (f.º 71 a 75), Colpensiones informó a la accionante que su traslado al régimen de ahorro individual fue anulado, no obstante, mediante Acto Administrativo SUB 230012 del 30 de agosto de 2018 le comunicó que se evidenciaron inconsistencias en la información que se tuvo en cuenta para definir la multivinculación en el comité realizado el 21 de enero de 2015, por lo que sometido el asunto a revisión en nuevo comité el 10 de noviembre de 2017, determinó que la demandante no estuvo incurso en múltiple vinculación, por tanto, su afiliación válida era al régimen de ahorro individual (f.º 102 a 122). Con lo anterior queda claro que la demandante nunca estuvo incurso en un conflicto de multifiliación, asunto que en todo caso escapa al problema jurídico planteado en el presente proceso, que no es otro diferente al análisis de la ineficacia del traslado por falta al deber de información, que como se vio se configuró.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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 35-2019-00149-01.
Asesoración de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE ASTRID FORTICH PEREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 035 2019 00149 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 34 2019 00096 01
DEMANDANTE: ANA BELÉN TORRES SILVA
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 la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 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 absoluta del acto de afiliación por medio del cual se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. También que nunca estuvo afiliada en el régimen de ahorro individual En consecuencia, se condene a Colpensiones a aceptar el traslado radicado el 29 de junio de 2017. A la AFP a trasladar a Colpensiones el valor de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual. Asimismo, se disponga a las demandadas a pagar las costas del proceso y a reconocer los derechos *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de julio de 1961 y desde el 4 de mayo de 1981 al 30 de septiembre de 1995 estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, el 14 de octubre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que la asesora del fondo privado la persuadió al informarle que obtendría una mesada pensional anticipada con una mayor cuantía que en prima media, que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería los aportes, que la posibilidad de recuperar ese dinero sería afiliándose al régimen de ahorro individual convirtiendo los aportes en un bono pensional el cual generaría rendimientos. Manifestó que la AFP le realizó una simulación pensional en la cual le indicaron que su mesada pensional a los 57 años sería de \$1.838.600, en tanto, que en Colpensiones ascendería a \$7.018.873. Finalmente, señaló que reclamó administrativamente el 7 de julio de 2017 y la entidad le contestó que no es procedente (f.º 63 a 115 Expediente Digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento, de afiliación al ISS, de traslado y la reclamación administrativa junto con la respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 133 a 165 Expediente Digital).

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 y las demás declarables de oficio (f.º. 223 a 281 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de noviembre de 2020 declaró la nulidad del traslado realizado por la demandante el 14 de octubre de 1995 a través de la AFP Porvenir S.A. Condenar al fondo privado a reintegrar a Colpensiones todos

los valores recibidos con motivos de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados. A Colpensiones a recibir los valores reintegrados por Porvenir S.A. y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Costas a cargo de Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que, los fondos de pensiones tienen la responsabilidad del correcto manejo al brindar una correcta asesoría para atender sus necesidades y conveniencias concretas, por lo que deben garantizar que existió una voluntad informada que determine en el afiliado una decisión autónoma, libre, voluntaria y consciente, tal como lo dispone la Ley 100 de 1993, que debe ser objetivamente verificable para que se escojan los riesgos y beneficios del traslado. Argumentó que la AFP tiene desde su creación la obligación del buen consejo, no obstante, no demostró que brindó una correcta asesoría que no se satisface con la firma del formulario. Frente a la prescripción indicó que el derecho es fundamental y tiene carácter irrenunciable, por lo que es imprescriptible, como lo ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688 de 2019.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones solicitó revocar la sentencia al advertir que la afiliación es válida toda vez que fue suscrita de manera libre y voluntaria, sin presiones ni constreñimientos. Refirió la Ley 153 de 1887 que habla sobre las meras expectativas no constituyen un derecho en contra de una ley nueva que las anule. Señaló que la legislación civil señala el término de 4 años para solicitar la rescisión o caducidad del formulario de afiliación y que se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Por su parte, **Porvenir S.A.** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que se afecta el principio de confianza legítima como

quiera que para 1995 solo se requería el formulario de afiliación como prueba y se obliga a la AFP allegar pruebas imposible, también se trasgredió el principio de sostenibilidad financiera. Resaltó que el vicio de consentimiento por error en el objeto examinado en el proceso no existe, toda vez que el objeto no es un elemento negocial en este acto jurídico. Adujo la prescripción frente a los gastos de administración y cuotas extras de aseguradoras.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es 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 29 de julio de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 87,11 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 14 de octubre de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 11 y 283).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó porque un asesor de Porvenir le hizo la presentación individual muy breve, de 20 minutos, acerca del fondo de pensiones, donde se le indicó que el Seguro Social se iba a acabar, que iba a perder lo ahorrado porque el gobierno no lo podía sostener, así que la única manera de salvar los ahorros era afiliándose con el fondo privado. Manifestó que firmo el formulario de afiliación voluntariamente.

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 debidamente indexados, 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 adicionará la decisión en este punto.

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

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

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de 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: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de noviembre de 2020, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de noviembre de 2020, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexados.

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

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 34 2019 00096 01

delación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA BELEN TORRES SILVA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 034 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 032 2019 00777 01
DEMANDANTE: LUZ AMPARO RIOS ENCISO
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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenar a Porvenir S.A. a trasladar los aportes de pensión a Colpensiones. Se condene a Colpensiones a aceptar el traslado y realizar los trámites con la AFP Porvenir S.A. A las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de mayo de 1967 y se afilió al régimen de prima media con prestación definida. Indicó

que se trasladó en marzo de 2003 a la AFP Porvenir S.A. a través de engaños y sin el suministro de información clara, precisa y concreta.

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y afiliación de la demandante. De los otros indicó no constarle o no es cierto. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acta legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y las demás declaras oficiosamente. (f.º 51 a 60).

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos indicó no constarle o no ser cierto. En respaldo de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declaras oficiosamente. (f.º 85 a 107).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre 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 realizado por la AFP Porvenir S.A. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales. Ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al régimen de prima media con prestación definida. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

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 por cuanto la demandante suscribió formulario de afiliación que denota la voluntad de traslado. Precisó que se cumplió con el suministro de la información de acuerdo a la legislación para el momento de los hechos. Advirtió que no procede la devolución de gastos de administración como quiera que no están destinados a financiar la prestación económica.

Colpensiones por su parte aduce que no tuvo injerencia en la afiliación de la demandante en el régimen de ahorro individual. Adujo que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado cuando se está dentro de los 10 años anterior al requisito de edad para adquirir la pensión. Además, que se genera una afectación en la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 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 22 de mayo de 1967, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 26 años y ninguna semana cotizada a Colpensiones (f.º 9 y 44). 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 enero de 2003 así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 133) Asimismo, conforme al reporte emitido por

Asofondos es posible verificar que la actora está afiliada del 1º de marzo de 2003 en adelante a la AFP Porvenir S.A (f.º132).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que un asesor de la demandada le informó que el Seguro Social se iba acabar y que tenía que pasarse a un fondo para no perder el dinero cotizado. Asimismo, se le informó que podía pensionarse en cualquier momento, que la asesoría fue individual, pero advirtió que no se le suministró más información.

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 a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que recordó 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

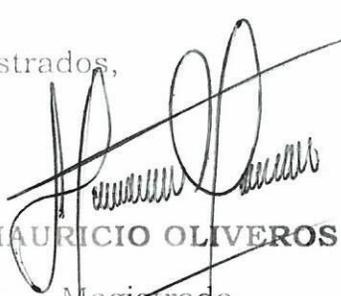
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

Magistrada 32-2019-00777-01
Relacion de n.º.

Angela Lucia Muriillo Varon
ANGELA LUCIA MURILLO VARON

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE LUZ AMPARO RIOS ENCISO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 032 2019 00777 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