



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 17 2018 00537 01
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO SÁNCHEZ PEÑA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A.

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

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad absoluta de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena S.A. hoy AFP Protección S.A.. En consecuencia, se disponga el regreso automático del demandante al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Se condene a Porvenir S.A. los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos causados sin descuento de gastos de administración o cualquier otro concepto. Asimismo, se disponga a las demandadas a reconocer los

derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de febrero de 1962 y estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 06 de diciembre de 1984 hasta el 31 de diciembre de 1994, donde cotizó 461 semanas. Señaló que laboraba con la empresa QUALA S.A. cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colmena S.A. y posteriormente hizo un cambio horizontal a Porvenir S.A. donde se encuentra vinculado actualmente. Adujo que las AFP le informó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que en el fondo privado podría pensionarse de manera anticipada y con un monto superior, pero no le realizó proyección alguna de pensión, tampoco le proporcionó información clara, precisa, suficiente, determinada y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual.

Expuso que en el año 2017 el Porvenir S.A. le realizó proyección pensional según la cual en el RAIS la mesada sería de \$2.625.100, entre tanto, en prima media ascendería a \$5.128.400. Finalmente, que reclamó administrativamente la nulidad del traslado (f.º 6 a 32 Expediente digital).

Al dar respuesta, la AFP **Protección S.A.** rechazó el éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y el traslado a la AFP Porvenir S.A. Adujo frente a los restantes no ser ciertos o no constarle. Para darle frente a las pretensiones propuso la excepción previa de falta de integración de litis consorte necesario por pasiva y las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el traslado de aportes a Old Mutual, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y las declarables de oficio (f.º 129 a 154 Expediente digital).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio del demandante, la fecha de vinculación al Instituto de Seguro Social y el

número de semanas cotizadas en el régimen de prima media. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, inexistencia de causal de nulidad, 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. (f.º 176 a 201 Expediente digital)

Al responder, la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio del demandante y las solicitudes elevadas a esta AFP también sus respuestas. 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, prescripción de las obligaciones con tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las declarables oficiosamente (f.º 217 a 230 Expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad – efectuado por la AFP Protección S.A. y el posterior cambio a Porvenir S.A. Lo declaró válidamente vinculado a prima media sin solución de continuidad Ordenó a Porvenir trasladar la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual incluyendo cotizaciones, intereses, rendimientos, bonos pensionales si hubiere lugar, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración. A Colpensiones a validar la afiliación recibir el traslado de los fondos y convalidarlos en la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas e impuso costas a cargo de las demandadas (f.º 350 a 352 Expediente Digital).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Protección S.A.** imploró revocar la sentencia en su totalidad porque cumplió con el deber de dar información y de buen consejo al accionante, lo que se demuestra con la suscripción voluntaria del formulario de vinculación que era el documento válido para tal fin en esa época, por lo que no es dable restársele valor probatorio a este documento ni exigir a los fondos privados una prueba adicional,.

Asimismo, adujo que era importante integrar el contradictorio con Old Mutual, AFP a la que también estuvo vinculado y se ve afectada por la declaratoria de ineficacia. Finalmente, manifestó que, no se puede declarar la nulidad o ineficacia por la expectativa económica que tenga el demandante.

La AFP **Porvenir S.A.**, argumentó que el traslado de régimen fue un acto jurídico válido que estuvo precedido de la asesoría correspondiente, prueba de ello, es el formulario de vinculación suscrito de manera libre y voluntaria tal como confesó haberlo hecho, además por haber realizado diversos traslados entre AFP.

De otro lado, adujo que según la Superintendencia Financiera cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado, los únicos dineros a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual, pero no los gastos de administración porque no financian la prestación de vejez, ni hacen parte de la cuenta de ahorro individual. Alegó que ordenar la

devolución de los gastos de administración generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones respecto de periodos que no fueron administrados.

Por su parte, **Colpensiones** discutió que el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación por no encontrar probado que las administradoras cumplieron con el deber de información, pero olvidó que para el año 1.995 data del traslado, la Ley 100 de 1993 solamente disponía la aceptación espontánea, libre y expresa que se manifestaba a través de la suscripción del formulario de afiliación. Precisó que, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las AFP la obligación de allegar soportes de información que no exigía las normas para el momento de cambio de régimen. Sostuvo que en el Decreto 2241 de 2010 en el artículo 4 se anuncian los deberes de los consumidores financieros del Sistema General de Pensiones, por lo que se identifica que el demandante también tenía el deber de informarse, pero no lo hizo.

Puso de presente que el demandante se encuentra a menos de 10 años de acceder a la edad de pensión por lo que se encuentra imposibilitado para cambiar de régimen. Asimismo, solicita revocar la condena en costas, pues ha actuado conforme a la ley.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el demandante nació el 12 de febrero de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 422,53 semanas cotizadas a Colpensiones (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 23 de diciembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colmena S.A. después ING hoy Protección S.A. (f.º 107 y 166). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a ING S.A desde el 1 de enero de 1995 a 30 de noviembre de 1997, a Horizonte S.A. desde el 1º de diciembre de 1997 al 31 de diciembre de 1998, a Old Mutual desde el 1º de enero de 1999 a 31 de enero de 2006, a Horizonte S.A. desde el 1º de febrero de 2006 a 31 de diciembre de 2013 y del 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A (f.º233).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en la compañía en donde laboraba los reunieron por grupos y el asesor de la AFP les informó que el Seguro Social se iba a acabar y que por ello lo mejor era pasarse al fondo privado por que se pensionaría a menor edad y con un monto mejor de pensión, además el promotor se encargó de diligenciar el formulario de afiliación y se lo entregó únicamente para que lo firmara y en este momento él únicamente verificó que sus datos estuvieran correctos.

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculado 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.

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

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

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

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a la Colpensiones. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la Administradora resultó forzada a través de la decisión judicial recibir los recursos de la cuenta individual y a tener como su afiliado al demandante por ello no puede eximirse de la condena en costas.

(i) Del recurso de apelación de la AFP Protección S.A. respecto de la integración del contradictorio.

Argumenta protección que se hace necesaria la vinculación al proceso de la AFP Old Mutual por haber estado afiliado a la misma durante algún periodo el accionante. Frente al particular, debe rememorarse que en audiencia correspondiente el Juzgado declaró no probada la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva y esta AFP no manifestó inconformidad alguna.

Con todo, estima la Sala que al no haber sido la AFP Old Mutual quien gestionó el traslado de régimen del demandante, acto jurídico respecto del cual se declara la ineficacia, no se hace necesario que comparezca, pues conforme a las consideraciones de esta decisión la única consecuencia será que el accionante no obtendrá al menos en virtud de este proceso, la devolución de las cuotas de administración descontadas por este fondo privado mientras permaneció vinculado al mismo. En consecuencia, no es procedente ordenar la vinculación pretendida.

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 Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de octubre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas descontadas a el demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

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

sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

salvando de voto.

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



SALVAMENTO DE VOTO

RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2018 00537 01
DEMANDANTE: CARLOS ARTURO SANCHEZ PEÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES y otros

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

A continuación, se exponen las razones por las cuales se presenta salvamento de voto.

La decisión en el presente caso se refiere a la ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, en el que no se ordenó la vinculación de la AFP OLD MUTUAL por considerar que no fue la entidad que gestionó el traslado de régimen del demandante.

Respecto de dicha aseveración es de anotar que es contraria a la reiterada jurisprudencia que se expone en la sentencia sobre la necesidad de devolución por parte de los fondos administradores del régimen de ahorro individual de los aportes pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones derivado de la decisión de ineficacia del traslado pues según la misma sentencia se entrecomilla la aseveración de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que *“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)”*. Con la consecuencia señalada de que el accionante no obtendrá la devolución de las cuotas de administración descontadas por ese fondo mientras permaneció vinculado al mismo, lo cual según la misma jurisprudencia afectaría la sostenibilidad financiera del régimen de prima media ya que es precisamente con esos recursos que presupone la jurisprudencia no se vulnera tal principio.

Adicionalmente, es de anotar que en el presente caso procedía la nulidad de la sentencia porque no se integró el litisconsorcio necesario, en la medida que la afiliación al sistema de pensiones es una única y, en ese orden de ideas, la decisión de la ineficacia de la vinculación a una u otra administradora de pensiones afecta esa afiliación porque la decisión debe ser única para todas las administradoras de pensiones en la medida que se define el fondo en el que efectivamente se encuentra válida la afiliación de la persona y en consecuencia se generan las obligaciones y derechos, que no son de manera simultánea para dos o más de los fondos, al punto que se encuentra prohibida la múltiple vinculación.

De tal manera que se considera que en el presente caso se cumplen los requisitos del artículo 61 del CGP y, en consecuencia, se debió declarar la nulidad de la sentencia de conformidad con el artículo 134 del CGP, con la advertencia que dicha nulidad no es saneable aunque no se hubiese declarado como excepción previa en la etapa correspondiente, porque con ella se pretermite íntegramente la instancia de la persona jurídica que debió ser vinculada al proceso.

En esos términos, se deja presentado el salvamento de voto.


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 014 2019 00089 01
DEMANDANTE: LUZ MARGARET SALCEDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD 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 Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de febrero de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., En consecuencia, se ordene a la AFP a trasladar a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y las semanas cotizadas. Asimismo, a Colpensiones a aceptar el traslado. Se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se ordene a la AFP pagar una mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que hubieses recibido en Colpensiones.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de diciembre de 1961, cotizó al Instituto de Seguros Sociales 236 semanas y a la Caja de Previsión Social del Distrito 585 semanas. En junio de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que se cambió por la promesa del asesor que en el fondo privado recibiría una mesada superior y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y perdería sus aportes, sin embargo, no le fue proporcionada información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen.

Refirió que la AFP le realizó simulación pensional según la cual a la edad de 57 años le concedería una mesada de \$ 1.066.300, entre tanto, en Colpensiones la prestación mensual correspondería a \$7.191.100. Finalmente, relató que reclamó a la AFP la corrección de su historia laboral y a Colpensiones el traslado de régimen (f.º 72 a 87 subsanación).

Al dar respuesta, la **AFP Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos únicamente aceptó la fecha de traslado de régimen y las peticiones elevadas a la AFP, así como sus respuestas. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la acción; inexistencia de la obligación; el cobro de lo no debido; la buena fe; la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 163 a 178).

Al contestar **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas a esta entidad, la suscripción del formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., las solicitudes elevadas a la AFP y sus respuestas, y la petición a Colpensiones. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual; la buena fe de Colpensiones; el cobro de lo no debido; la falta de causa para pedir; la inexistencia del derecho reclamado; la inexistencia del derecho constitucional desarrollado

en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 (f.º 202 a 217).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de febrero de 2021, declaró ineficaz el acto de traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. En consecuencia, señaló que no surtió ningún efecto jurídico el traslado, por tanto, siempre estuvo afiliada a prima media. Ordenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Impuso costas a cargo de Porvenir S.A. (f.º 244 y 245).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia de primera instancia, pues la AFP logró demostrar que brindó la asesoría que la ley contemplaba para el momento del traslado y no es posible exigir al fondo acreditar requisitos adicionales que no estaban previstos en la ley para la época en que fue suscrito el formulario de afiliación. Alegó que los formularios de afiliación sirven para demostrar la información que se brindó, toda vez que es una forma establecida por la Superintendencia Financiera.

Colpensiones alegó que la entidad no tuvo injerencia en el acto jurídico, es un tercero de buena fe y no puede ser condenada a recibir a la demandante, pues ello afectaría la sostenibilidad financiera del régimen de prima media. Sostuvo que la demandante se encuentra incurso en una prohibición de traslado en atención a la edad.

Alegó que el fondo privado debe ser condenado a devolver todos los saldos de la cuenta individual incluidas cuotas destinadas a seguros provisionales y cuotas de administración. Además, se condene a la AFP a pagar los perjuicios económicos que el traslado genera

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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 25 de diciembre de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 496 semanas cotizadas a la Caja de Previsión Social del Distrito (f.º 45 a 47). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad, ni 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 28 de abril de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 10). El que se hizo efectivo a partir del 1º de junio de 2000 según historial de vinculaciones de folio 110.

Aunque a solicitud de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones fue decretado el interrogatorio de parte de la demandante, este no fue practicado como quiera que las interesadas desistieron de la prueba.

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

Conforme al escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que lo que se evidencia es que no se ilustró sobre las características, ventajas y desventajas de la decisión. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

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

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

No se causan costas en la consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., además, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese

descontado por concepto de gastos de administración debidamente indexadas.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *relacionación de roto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MARGARET SALCEDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 014 2019 00089 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 21 2019 00606 01
DEMANDANTE: DIANA PATRICIA BORRERO GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS.

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

Conforme al memorial de folio 178, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y T.P. No. 269.607 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 179 a 198).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al de régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A., y que para todos los efectos legales nunca se trasladó

y por tanto siempre permaneció en el régimen de prima media. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar todos los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros. Ordenar a Colpensiones a recibir todos los aportes. Se disponga a las demandadas a los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de diciembre de 1958 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de octubre de 1987. Para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años de edad. En octubre de 1999 se afilió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos. Adujo que la AFP no le brindó información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características, ventajas, desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, no le realizaron estudios comparativos, ni proyecciones pensionales (f3 a 15 y 126 y 127 reforma).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del accionante y de afiliación al Instituto de Seguros Sociales. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público la obligación y las demás declarables oficiosamente (f. º94 a 117).

A su turno la **AFP Colfondos S.A.** no se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de vinculación a la AFP. Manifestó no constarle restantes. (123 a 125).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 04 de marzo de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 09 de septiembre de 1999, efectiva a partir del 1º de

noviembre de 1999 a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales junto con los frutos e intereses sin lugar a descuentos por concepto de gastos de administración los cuales deberá asumir con cargo a su patrimonio para lo cual concedió el término de un mes. A Colpensiones a activar la afiliación de la accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas y se abstuvo de imponer condena (f.º 161 y 162).

Como sustento de su decisión, señaló que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de la debida ilustración acerca de las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y consecuencias del traslado, no obstante, concluyó que la AFP Colfondos no demostró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que esta tomara la decisión. Señaló que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia las administradoras están en la obligación de devolver con cargo a sus propios recursos los gastos de administración, pues los mismos debieron haber ingresado al régimen de prima media con prestación definida. Consideró que en asuntos como este en el que se pretende la declaración de la ineficacia del traslado con miras a la obtención de derechos pensionales no opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Administradora Colombiana de Pensiones interpuso recurso de apelación al argumentar que existe indebida valoración probatoria, pues la demandante confesó que Colfondos le brindó información sobre la forma de financiación de la pensión, las ventajas y desventajas de ahorro individual. Alegó que Colfondos probó la buena fe con la que actuó, además no se le pueden exigir requisitos distintos a los previstos en la norma con posterioridad.

Relató que la actora no demostró la configuración de un vicio del consentimiento y está probado que firmó de manera libre y voluntaria los

formularios de afiliación, lo cual constituye una muestra de su intención de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad al igual que los varios años en los que cotizó. Igualmente, que no es dable imponer cargas adicionales a las establecidas en la ley para el momento en que se efectuó el traslado, pues en esa época no debían acreditarse información adicional a la suscripción del formulario de afiliación. Sostuvo que la demandante se encuentra incurso en razón de la edad para trasladarse de régimen.

Alegó que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del régimen, toda vez que la accionante nunca ha efectuado aportes al mismo.

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 Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil,

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 20 de diciembre de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y con 2.29 semanas aportadas a Colpensiones, (f.º 55 y 67). 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 09 de septiembre de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 54), el que se hizo efectivo a partir del 1º de noviembre de 1999 (f.º 139).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado en la embajada en que laboraba dos asesores de la AFP Colfondos les hicieron a ella y 4 compañeros más una reunión en la cual firmaron un formulario que contenía algunos datos básicos y una aceptación para acceder a Colfondos. Aseguró que no le suministraron información de proyección a futuro, solamente les indicaron que iban a ahorrar cada mes y que la pensión dependía del sueldo, de la rentabilidad y que luego les harían las proyecciones, pero lo importante era trasladarse

en ese momento porque el ISS se iba a quebrar. Confesó que se trasladó voluntariamente.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, 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 con 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 Colfondos S.A., deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, 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 mantendrá la decisión de primera instancia.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a Colfondos 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, dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia analizada será confirmada en este punto.

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

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

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

No se causan 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 Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 de marzo de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la decisión 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
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 21-2019-606-01
Calificación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DIANA PATRICIA BORRERO GARCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 021 2019 00606 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 21 2018 00404 01
DEMANDANTE: MIGUEL ÁNGEL CIFUENTES LÓPEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

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

Conforme al memorial de folio 243, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.129.580.577 y T.P. No. 219.992 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 246 a 265).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Colfondos S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de diciembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP

Colfondos S.A.. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar debidamente indexados todos los aportes de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, sin ningún descuento por concepto de gastos de administración. Ordenar a Colpensiones reconocer y pagar pensión de vejez a partir del 2 de enero de 2017, junto con los intereses moratorios y la indexación correspondiente. Se disponga a las demandadas a los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado al régimen de ahorro individual.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 13 de octubre de 1980 hasta el 31 de enero de 2001 1.007 semanas, el 9 de enero de 2001 fue trasladado al régimen de ahorro individual por la AFP Colfondos, la cual no tomó en consideración su historia laboral, no lo asesoró de manera completa, veraz y oportuna sobre las características diferencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Refirió que el 2 de enero de 2017 cumplió 62 años de edad. Colfondos mediante comunicación del 10 de abril de 2017 le reconoció garantía de pensión mínima, frente a la decisión manifestó inconformidad y el 5 de abril de 2018 solicitó declarar la nulidad del traslado, pero la petición fue negada por las administradoras. Finalmente, dijo que actualmente se encuentra pensionado por el fondo privado (fº 5 a 35).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del accionante y de afiliación al Instituto de Seguros Sociales, también el número de semanas cotizadas a esa entidad y los relacionados con las reclamaciones y sus respuestas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia 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 109 a 123).

A su turno la **AFP Colfondos S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, que actualmente ostenta la calidad de pensionado en la modalidad de garantía de pensión mínima y la solicitud de nulidad de traslado así como su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones previas de falta de integración del litis consorcio necesario y la prescripción de la acción para solicitar el traslado. Como excepciones de mérito formuló la falta de legitimación en la causa por pasiva; la no existencia de prueba de causal de nulidad alguna; la buena fe; la compensación y pago; el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación; la situación pensional consolidada – reconocimiento pensional; la ausencia de vicios del consentimiento; nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables de oficio (f.º 142 a 171).

LA **AFP Colfondos S.A.** presentó demanda de reconvención en contra de Miguel Ángel Cifuentes López con el fin que sea condenado a reintegrar debidamente indexadas las sumas de dinero que se le han venido cancelando por concepto de mesadas pensionales de la pensión mínima, a pagar los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso. En respaldo de sus pretensiones narró que el demandante se trasladó de régimen con el lleno de los requisitos legales vigentes para la época. La AFP mediante comunicación del 10 de abril de 2017 le reconoció pensión de vejez con garantía de pensión mínima, en cuantía inicial de \$737.717 (f.º 1 a 4 cuaderno demanda de reconvención).

Al contestar **Miguel Álvaro Cifuentes López** se opuso al éxito de las pretensiones excepto a la relacionada con la devolución de recursos debidamente indexados, siempre que Colpensiones reconozca la pensión de vejez. Respecto de los hechos, aceptó la calidad de pensionado por garantía de pensión mínima bajo la modalidad de retiro programado. Para enervar las pretensiones de la demanda de reconvención propuso las excepciones de inexistencia de la obligación con respecto a la indexación de las mesadas pensionales en favor de la demandante en reconvención, el

cobro de lo no debido, y las demás declarables oficiosamente (f.º 6 a 11 cuaderno separado).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 11 de diciembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 09 de enero de 2001, efectivo a partir del 1º de marzo de 2001 a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Condenó a la AFP Colfondos S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes pensionales junto con los frutos e intereses sin lugar a descuentos por concepto de gastos de administración los cuales deberá asumir con cargo a su patrimonio para lo cual concedió el término de un mes. A Colpensiones a activar la afiliación del accionante y reconocer la pensión de vejez a partir del 1º de mayo de 2017, en cuantía inicial de \$1.721.58 a razón de 13 mesadas, con los correspondientes reajustes. Condenó a Colfondos a continuar con el pago de la mesada pensional reliquidada hasta tanto traslade todos los dineros a Colpensiones y a pagar la diferencia de manera indexada que se generó entre la mesada que le corresponde al actor en prima media y la que ha venido pagando desde abril de 2017 hasta el momento en que se trasladen los dineros a Colpensiones. Autorizó a Colfondos a descontar del retroactivo los aportes destinados al sistema de salud. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros y a comenzar a pagar la mesada pensional desde ese momento, la absolvió de pagar intereses moratorios. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las administradoras demandadas y probada la excepción de cobro de lo no debido formulada por el demandado en reconvención. Negó las pretensiones incoadas en contra de Miguel Álvaro Cifuentes López en la demanda de reconvención. Condenó en costas a Colfondos (f.º 224 y 225).

Como sustento de su decisión, señaló que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de la debida ilustración acerca de las características, ventajas y desventajas del cambio, así como los riesgos y consecuencias del traslado, no obstante, concluyó que la AFP Colfondos no

demonstró haber brindado información oportuna, veraz, necesaria y eficaz a la demandante para que esta tomara la decisión. Señaló que conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia las administradoras están en la obligación de devolver con cargo a sus propios recursos los gastos de administración, pues los mismos debieron haber ingresado al régimen de prima media con prestación definida. Consideró que en asuntos como este en el que se pretende la declaración de la ineficacia del traslado con miras a la obtención de derechos pensionales no opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones y AFP Colfondos S.A. interpusieron recursos de apelación.

La **AFP Colfondos** lo hizo al argumentar que el demandante suscribió formulario de afiliación de forma libre y voluntaria, por lo que su voluntad de permanecer en ahorro individual se consolidó y convalidó con el reconocimiento de la pensión de vejez desde hace más de tres años, momento en el cual se le informaron todas las modalidades de pensión. Solicitó tener en cuenta que la calidad de afiliado mutó a la de pensionado y por este hecho no es procedente declarar la ineficacia del traslado, en atención a las normas de movilidad en el Sistema General de Pensiones. Argumentó que de confirmarse la sentencia las pretensiones de la demanda de reconvención deben ser concedidas.

Colpensiones imploró revocar la sentencia de primera instancia por cuanto el actor no es beneficiario del régimen de transición, además se encuentra pensionado y por fuera de los límites temporales fijados en la ley para trasladarse de régimen. Adujó que no es procedente que una persona que por más de 19 años no ha contribuido al fondo común se vea beneficiado con el reconocimiento de una pensión en prima media, pues ello contribuye a la descapitalización del sistema.

Solicitó condicionar el reconocimiento de la pensión al traslado de recursos por parte de la AFP y a revocar la condena en costas.

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 nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslados de régimen cuando se trata de afiliados

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

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

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

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, no obstante, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería, de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y de otro lado, respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado, pues confluyen en determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”

En esta oportunidad la Alta Corporación, consideró además que, si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

Resulta importante recordar además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

VI. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que el accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Colfondos S.A. en abril de 2017, con el beneficio de garantía de pensión mínima otorgado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues aunque no contaba con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente, acreditaba 1.150 semanas cotizadas por lo que pudo acceder al referido beneficio (f.º 88 y 89).

Ahora, la prestación que disfruta el demandante desde hace más de cuatro años en el régimen de ahorro individual, inicialmente se financia con el saldo de la cuenta individual y en el momento en que dicho capital se agote es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el que pasa a girar los recursos faltantes para continuar con el pago la prestación de forma vitalicia, porque no de otra forma la accionante habría podido acceder a la prestación de vejez en el RAIS.

Resulta pertinente señalar que como la accionante cotizó al régimen de prima media con prestación definida 1007 semanas, al trasladarse al régimen de ahorro individual se hizo acreedora a un bono pensional tipo A modalidad 2, que ayuda a financiar la prestación, el cual se redimió el 2 de

enero de 2017, previa solicitud de la AFP Colfondos S.A. y fue pagado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 205).

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

De otro lado, aunque la citada Corporación señaló que en los casos en que los pensionados solicitan la ineficacia del traslado de régimen por falta al deber de información lo eventualmente procedente, es el reconocimiento de perjuicios. En el asunto bajo examen se advierte que las pretensiones se limitaron a declarar la nulidad del traslado, por lo que la Sala no puede entrar a pronunciarse al respecto, en atención a que las facultades *ultra* y *extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de

defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura revocará la decisión analizada, para en su lugar, absolver a las demandadas. Por las resultados del proceso se releva de atender los recursos de apelación.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de diciembre de 2020, para en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta Y en la apelación ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 21-2018-00404-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2019 00786 01
DEMANDANTE: GERMÁN PINZÓN SALINAS
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 que interpuso la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1º de diciembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado a la AFP Colfondos el 06 de mayo de 1999, por ende, se disponga el ingreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones. A la AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, indexación, bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses hasta la fecha que se realice el traslado. Se condene a las demandadas a los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de diciembre de 1959 y el 22 de abril de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos donde empezó a cotizar desde el 31

de julio de 1998. Elevó derecho de petición al fondo privado el 17 de mayo de 2019 en el que solicitó información sobre el funcionario que diligenció el formulario, no obstante no obtuvo respuesta. Manifestó que solicitó simulación pensional para la cual la AFP le ofreció una mesada pensional de \$1.630.703 a los 62 años y en prima media le correspondería la suma de \$4.830.396 (f.º 6 a 19 Expediente Digital).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la edad y que el 1 de septiembre de 1988 se encontraba afiliado al régimen de prima media. Manifestó no constarle los demás hechos. En su defensa, propuso la excepción previa de falta de competencia por falta de reclamación administrativa y las excepciones de fondo de descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad; el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 77 a 113 Expediente Digital).

Al contestar, la AFP Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones de la demanda (f.º 122 Expediente Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1º de diciembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen de prima media al de ahorro individual efectuado por el demandante a la AFP Colfondos S.A. realizado el 22 de abril de 1999. En consecuencia, declaró como aseguradora del actor para riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones. Le ordenó a Colfondos devolver la totalidad de los aportes por concepto de cotizaciones a pensiones junto con los rendimientos financieros causados con destino a Colpensiones y los bonos pensionales. Condenó en costas a Colpensiones (Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la sanción impuesta a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o la exclusión de todos los efectos del traslado. Asimismo, manifestó que no es suficiente la simple suscripción del formulario sino que se debe cotejar con la información brindada acorde con la realidad. Indicó que le corresponde a la AFP la carga de la prueba de demostrar que cumplió con el deber de haber brindado la información clara, comprensible y oportuna sobre las características de ambos regímenes y sus consecuencias reales. Concluyó que se faltó al deber de información y no le era permitido a la AFP realizar el traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación al argumentar que es el demandante a quien le compete demostrar los vicios del consentimiento alegado y no a la AFP, pues es imposible demostrar las circunstancias al momento de la suscripción del traslado porque no se debía dejar un registro documental, sin que este obligado a lo imposible. Asimismo, al allanarse Colfondos a todas las pretensiones le suma carga procesal a Colpensiones, debiendo demostrarlo la AFP.

Frente a la condena en costas se genera un detrimento patrimonial, que se compensaría con los cargos cobrados por administración por parte de la AFP, por lo que solicitó se adicione la sentencia en el sentido de trasladar los gastos de administración.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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 el promotor del juicio nació el 13 de diciembre de 1959 por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 34 años de edad y con 291.82 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 20 e Historial Laboral Expediente Digital). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 22 de abril de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (f.º 27). Asimismo, no es posible verificar la fecha de efectividad debido a que no se allegó el reporte de Asofondos.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que cuando trabajaba con una empresa subcontratista de Ecopetrol llegó un asesor que indicó únicamente que era necesario trasladarse a una empresa privada ya que el Seguro Social se iba a acabar y que nunca le indicaron sobre las características del traslado. Confesó que recibe los extractos por parte de Colfondos sin tenerlos claros. Manifestó que la motivación es principal el engaño porque con la suma que le ofrece Colfondos no le alcanza para vivir dignamente.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para heredar los recursos en cuenta individual, 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 por la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones debidamente indexados, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión en este punto.

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

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

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o

a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, Colpensiones resultó derrotada, pues 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 adicionará la decisión analizada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero la sentencia proferida el 1º de diciembre de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el sentido de indicar que la AFP Colfondos S.A., además, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

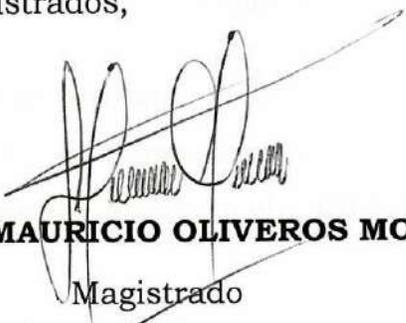
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 20-2019-786-01

actuarium de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GERMAN PINZON SALINAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 020 2019 00786 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 19 2019 00310 01
DEMANDANTE: DANIEL ENRIQUE POSSO CORCHO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A., y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Colfondos S.A.. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tenerlo como su afiliado como si nunca se hubiere trasladado en virtud del regreso automático. Asimismo, se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 03 de marzo de 1956 y el 25 de octubre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente el 19 de septiembre de 201 se cambió a la AFP Porvenir S.A.. Adujo que los asesores comerciales de las AFP no le brindaron información clara, completa, veraz y oportuna acerca de las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

Manifestó que la AFP Porvenir le realizó simulación pensional según la cual en ahorro individual podría acceder a una mesada pensional de \$1.359.100, entre tanto, en prima media la prestación ascendería a \$6.428.887, Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen (f.º 5 a 9).

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio del demandante, la fecha de traslado de régimen, también la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la prescripción; la caducidad; el saneamiento de la nulidad alegada y las demás declarables oficiosamente. (f.º 82 a 90)

Al responder, la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, únicamente admitió la fecha de nacimiento del accionante y su la data en que se trasladó de régimen. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; no existe prueba de causal de nulidad alguna; la prescripción de la acción de nulidad para solicitar el traslado; la buena fe; la compensación; el pago; el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación; la ausencia de vicios del consentimiento; nadie puede ir en contra de sus propios actos; la obligación a cargo exclusivamente a cargo de un tercero y las demás declarables oficiosamente (f.º 99 a 116).

la AFP **Porvenir S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó apenas el natalicio del demandante. Señaló

no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad; el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 150 a 166)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de la AFP Colfondos S.A. el 25 de octubre de 1996 y el posterior traslado a la AFP Porvenir S.A. el 11 de septiembre de 2011. Lo declaró válidamente vinculado a prima media como si nunca se hubiese efectuado el traslado. Condenó a Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, se abstuvo de imponer costas (f.º 261 y 262).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La FP **Porvenir S.A.**, argumentó que el traslado de régimen fue un acto jurídico válido que estuvo precedido de la asesoría correspondiente pr,

no es procedente exigir requisitos adicionales. Alegó que Porvenir S.A. no intervino en el traslado por lo que resulta excesivo condenarla a responder incluso con su propio patrimonio. Sostuvo que los gastos de administración fueron deducidos por mandato legal y sirvieron para cubrir la gestión de la AFP, así como los seguros previsionales, en tal virtud no es procedente ordenar su traslado a Colpensiones. Expuso que el demandante quien es abogado y juez no puede considerarse como un afiliado común.

Por su parte, **Colpensiones** discutió que el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación sin tomar en consideración que esta decisión atenta contra la estabilidad financiera. Solicitó que de mantenerse la sentencia debe ordenarse el cálculo actuarial de rentabilidad destinado a soslayar la descapitalización del sistema.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el 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 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la

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

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

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

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la demandante nació el 3 de marzo de 1956, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y 87 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 11 y 90 CD expediente administrativo). Conviene señalar que aunque en la historia laboral emitida por Porvenir se reflejan tiempos de servicio con entidades del sector público, la Sala no la toma en consideración por no ser este el documento idóneo para acreditar esas vinculaciones, las que en todo caso, no superan las 600 semanas. 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 25 de octubre de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 13), Asimismo, se verifica conforme al

reporte emitido por Asofondos que el accionante estuvo vinculado a Colfondos a partir del 1º de diciembre de 1996 hasta el 31 de octubre de 2011 y desde el 1º de noviembre de 2011 y en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 170).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que cuando se desempeñaba como personero del municipio de San Antero se trasladó al régimen de ahorro individual, pues la asesora le indicó que tendría una mesada igual o superior a la del fondo público, que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y en la AFP tendría un mejor servicio. Confesó que la afiliación se dio de forma voluntaria, pero con base en la información que le dio la promotora en una reunión que duró 15 o 20 minutos, no le informó sobre la posibilidad de retractarse de su decisión. Expuso que si bien es profesional del derecho su especialidad es en el área penal.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de forma anticipada o la referencia de que el fondo público se acabaría, 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. administradora en la que se encuentra actualmente vinculado 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.

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

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 Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de febrero de 2020, en el sentido en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras el demandante estuvo vinculad a dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR 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.

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

colocación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DANIEL ENRIQUE POSSO CORCHO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS
RADICADO: 11001 31 05 019 2019 00310 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 011 2017 00448 01
DEMANDANTE: MARTHA ELENA VELANDIA HERNANDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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

Conforme al memorial de folio 266 y 267, se tiene como apoderado judicial del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a la Dra. YANETH CIFUENTES CABEZAS identificada con Cedula de ciudadanía No. 52.885.363 y T.P. No. 205.061 del C.S. de la J., según poder dado por la Dra. SANDRA MÓNICA ACOSTA GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía número 51.829.395 y T.P. No. 66.333 del C.S. de la J., quien funge como delegada de la demandada, según Resolución No. 0928 de 27 de marzo de 2019 (f.º 274 a 277).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron el demandante y las demandadas AFP Porvenir S.A., Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 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 principalmente se declare que cumple con los requisitos para el traslado de régimen pensional de ahorro individual al de prima media con prestación definida. Subsidiariamente, se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladadas a Colpensiones la totalidad de cotizaciones. Se declare que se encuentra en el régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, se disponga al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con su retroactivo e intereses moratorios.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de marzo de 1960 y a la entrada del régimen de prima media con prestación definida contaba con 750 semanas cotizadas. Preciso que para el momento de traslado de régimen no contó con la asesoría integral y radicó solicitud de cambio de régimen ante las demandadas, lo cual fue negado.

Al dar respuesta, la **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento e inicio de cotización a pensiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia del derecho trasladar con validez la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad, genérica. (f.º 63 a 72).

La **AFP Porvenir S.A.** también se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, genérica, compensación. (f.º93 a 114).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.** se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En su

defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de nulidad alegada, prescripción, eficacia del traslado del régimen de prima media al Rais, inexistencia de vínculos entre Protección S.A. y la demandante, genérica. (f.º 191 a 197).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe, prescripción, genérica. (f.º 236 a 240).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el 30 de julio de 1997. Declaró que para todos los efectos legales nunca se trasladó de régimen y siempre permaneció en prima media. Condenó a Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los aportes que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la accionante como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado y dirimido, gastos de administración, sumas adicionales con intereses y rendimientos causados en los términos del artículo 1746 del Código Civil. Ordenó a Colpensiones admitir el traslado con sus respectivos aportes. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante una pensión de vejez en los términos de la Ley 797 de 2003 a partir de la fecha en que se acredite el retiro definitivo del sistema. Autorizó a Colpensiones a realizar los descuentos en salud del retroactivo pensional. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A. (f.º 252 a 256).

Como sustento de su decisión, señaló que el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, dispuso acerca del derecho que les asiste a los

trabajadores de escoger libremente entre uno y otro régimen pensional, manifestándose por escrito al momento de la vinculación o traslado. Asimismo, que la H. Corte Suprema de Justicia ha sostenido en línea jurisprudencial que está en cabeza de los fondos privados el deber de buen consejo e ilustración suficiente al potencial afiliado, lo cual no fue probado en este proceso. Respecto a la pensión de vejez, precisó que para el 1º de enero de 2014 la demandante no contaba con 55 años edad, por lo que la edad mínima que le resulta aplicable es la de 57 años, la cual cumplió el 17 de marzo de 2017, por lo que es esta calenda la de causación de pensión por contar con 1.741,28 semanas. Señaló que la demandante no acredita el retiro del sistema, por ello, el disfrute lo será a partir de este momento. Advirtió que la mesada se debe liquidar en los términos de la Ley 797 de 2003 por 13 mesadas.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante y las demandadas AFP Porvenir S.A., Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

La parte demandante solicitó que la fecha de efectividad de la prestación pensional debe ser el 18 de mayo de 2017, data para la cual elevó la petición de pensión a Colpensiones, por lo que en dicha calenda existió un acto de voluntad de pensionarse y de retiro. Advirtió que si cotizó posteriormente fue por una necesidad u obligación. Adujo que existe la posibilidad de decretar la prueba de historia laboral para determinar la fecha concreta de retiro del sistema pensional. Solicitó el pago de intereses moratorios o subsidiariamente la indexación de la mesada.

La **AFP Porvenir S.A.**, argumentó que probó haber brindado la asesoría completa a la demandante, lo cual se corrobora con la suscripción del formulario de afiliación. Preciso que la demandante conocía las características y condiciones del régimen de ahorro individual. Adujo que no es procedente la devolución de gastos de administración, pues fueron

descontados al amparo de la ley y como respuesta al manejo profesional de la cuenta individual adelantado por la AFP.

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

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público precisó que el traslado del bono pensional no procede, como quiera que el mismo desaparece o se anula. Advirtió que el bono se encuentra en estado de liquidación provisional y por ello, no constituyen una situación jurídica concreta a la luz del artículo 57 Decreto 1748 de 1995. Narró que el bono tipo A resulta incompatible con el régimen de prima media con prestación definida, como quiera que a dicho régimen corresponde los bonos tipo B y T, los cuales debe tramitarlos directamente 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 del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

(i) De la ineficacia del traslado.

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 17 de marzo de 1960, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 731,62 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 22 y 24) Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de julio de 1997, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A a folio 115. Asimismo, conforme al reporte emitido por

Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. desde el 1º de septiembre de 1997 a 31 de diciembre de 1999; en Protección S.A. desde el 1º de enero de 2000 al 30 de junio de 2001; en Horizonte, hoy Porvenir S.A. a partir de 1º de julio de 2001 al 31 de diciembre de 2013; y, posteriormente, en la AFP Porvenir del 1º de enero de 2014 en adelante (f.º 117).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que un asesor de Horizonte realizó una reunión grupal en la cual se le informó que se podría pensionar antes de cumplir la edad de pensión y que los recursos eran heredables. Adujo que el traslado a Protección S.A. correspondió a una mayor rentabilidad a través de aportes voluntarios.

A solicitud de la parte actora se decretó y practicó el testimonio de María Carolina Díaz Luengas y María Margarita Bravo Robayo, quienes manifestaron que trabajaron con la demandante al momento de suscripción de formulario de afiliación. Que el asesor diligenció los formularios para luego firmarlos. Advirtieron que el promotor no informó el derecho de retracto y tampoco realizó una proyección de pensión.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior o la referencia de que el 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.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra afiliada actualmente la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia analizada será confirmada 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 dicho fondo, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”*(SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia analizada será adicionada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema

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

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

(ii) De la pensión de vejez

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez, en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 17 de marzo de 2017 (f.º 22) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (f.º 24 a 30).

Ahora, según la historia laboral allegada por la AFP Porvenir S.A., la última cotización corresponde a octubre de 2017 (f.º 135). No obstante, la Sala no tiene certeza si con posterioridad a esa data la promotora del juicio continuó con aportes, pues la relación histórica allegada por ese fondo data del noviembre de 2017 (f.º 128), razón por la cual no es posible determinar la fecha a partir de la cual debe otorgarse la prestación y tampoco establecer el ingreso base de liquidación para determinar el

monto de la mesada. Además, dicha circunstancia debió acreditarla la parte demandante a través de los medios de prueba dispuestos para ello en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso.

Como quiera que la accionante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo, Colpensiones deberá cancelar debidamente indexado el retroactivo desde que cada mesada se hizo exigible hasta que se verifique el pago de la obligación. En consecuencia, se adicionará la sentencia analizada en este punto.

De otro lado, se precisa que sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, está obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la prestación, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado. En consecuencia, se adicionará la sentencia analizada en este punto.

(iii) Del bono pensional

Respecto a la alzada interpuesta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en efecto, si bien la demandante tiene derecho al bono pensional tipo A modalidad 2 por haberse trasladado al régimen de ahorro individual con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y tener una historia laboral de cotización superior a 150 semanas, lo cierto es que el mismo solo continúa con vigencia mientras la demandante se encuentre afiliada a dicho régimen, por lo que al haberse declarado la ineficacia de traslado, el bono quedó anulado en virtud del Decreto 1748 de 1995. Por ello, no es posible ordenar la devolución del bono pensional, como quiera que el mismo se encuentra en estado de liquidación provisional, por lo que nunca fue expedido y redimido por la entidad emisora (f.º. 242). En otras palabras, el bono pensional nunca se pagó en favor de la AFP Porvenir S.A., pues la liquidación provisional nunca fue aprobada o autorizada.

En consecuencia, una vez efectuado el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones, corresponde a esta Entidad adelantar los trámites de bono pensional de conformidad con el Decreto 1314 de 1994. Por ello, la sentencia analizada se revocará en este punto.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

TERCERO: REVOCAR parcialmente el punto tercero de la sentencia analizada, para en su lugar, absolver a la AFP Porvenir S.A. de trasladar a Colpensiones los bonos pensionales que se hubieren solicitado de conformidad a la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: ADICIONAR el punto quinto de la sentencia analizada en el sentido de declarar que sólo hasta que Colpensiones reciba a

satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, está obligada a reconocer la prestación de vejez.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

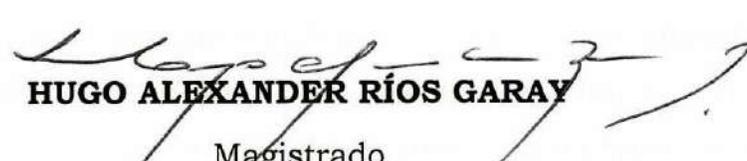
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

*abstención de voto
solamente por causa de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO y SALVAMENTO PARCIAL

DEMANDANTE: MARTHA ELENA VELANDIA HERNANDEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 011 2017 00448 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 **aclaramiento 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.

Adicionalmente, se presenta **salvamento de voto** respecto del argumento relacionado con la indexación porque en la sentencia no se define la exigibilidad de la pensión dado a que se carece de elementos para determinar la fecha a partir de la cual se debe otorgar la prestación, el ingreso base de liquidación para determinar el monto de la mesada pensional, y, en consecuencia, tampoco se define la causa para ordenar la actualización de valores indefinidos lo que da lugar a confirmar la decisión de primera instancia en ese aspecto.


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 010 2018 00034 01
DEMANDANTE: LILIA SOFIA NAVARRO SANCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE 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 AFP Porvenir S.A., Skandia S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., por lo que se encuentra afiliada al régimen de prima media y, por ello, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con su retroactivo e intereses moratorios. Subsidiariamente, la invalidez de la afiliación por no dejar transcurrir el término mínimo de tres años del artículo 15 del Decreto 692 de 1994 y artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se ordene a Old

Mutual a devolver la totalidad del capital acumulado y a Colpensiones a pagar la pensión de vejez junto con su retroactivo e intereses moratorios. 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 28 de mayo de 1959 y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 22 de octubre de 1979 hasta el 16 de junio de 1986. Que en el mes de agosto de 1995 diligenció el formulario de afiliación ante Porvenir S.A. y la AFP no suministró la información clara, completa y precisa sobre las ventajas y desventajas del traslado. Precisó que en mayo de 2005 se trasladó a la AFP Skandia S.A., en julio de 2006 a la AFP Santander, hoy Protección S.A., en junio de 2008 a la AFP Horizonte y en julio de 2008 a Skandia S.A.

Narró que la AFP Old Mutual le reconoció la pensión de vejez desde el 1º de junio de 2016 bajo la modalidad de retiro programado con un monto de \$2.927.000. Refiere que solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada.

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la reclamación administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (f.º 136 a 143).

Por su parte la **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de traslado de régimen y de nacimiento de la promotora, de los otros, manifestó no constarle o no ser ciertos. 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 demás declarables de oficio. (f.º 162 a 170).

La **AFP Protección S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la promotora y la reclamación administrativa y su respuesta, de los otros, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, ejercicio oportuno al derecho de retracto en el año 2004, buena fe por parte de la demandada AFP Protección S.A., prescripción, compensación y las declarativas de oficio. (f.º 194 a 200).

Finalmente, **Old Mutual AFP S.A.** también rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la promotora, fecha de afiliación al fondo de pensiones y la reclamación administrativa y su respuesta. Asimismo aceptó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a través de la modalidad de retiro programado. De los otros, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la compensación. (f.º 212 a 238).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado el 20 de septiembre de 1995 a Porvenir S.A. y, en consecuencia, la vinculación posterior a Protección S.A., y Old Mutual S.A. Condenó a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante y condenó a Colpensiones a recibir los mismos. Condenó a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez desde el 28 de mayo de 2016 en cuantía inicial de \$5.560.851, con los reajustes y 13 mesadas, la cual deberá pagarse una vez se haya recibido la devolución de las sumas de dinero por parte de los fondos privados. Condenó a Porvenir S.A. a pagar las mesadas reliquidadas hasta tanto se traslade todos los dineros por los fondos privados a Colpensiones. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. (f.º 452 a 454).

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. Adujo que la demandante cumple con los requisitos de la Ley 100 de 1993 por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia al ser el acto de afiliación y traslado completamente válido y un reflejo del consentimiento de la promotora. Indicó que existió el suministro de información y consentimiento informado de acuerdo a la normatividad vigente para la época del traslado. Narró que no se puede pasar por alto que la demandante realizó actos de relacionamiento y aportes voluntarios, aunado a que devenga mesada pensional por vejez. Señaló que no procede la devolución de los gastos de administración y que operó el fenómeno de prescripción.

La **AFP Old Mutual S.A.** indicó que el acto de cambio fue válido como quiera que la demandante realizó múltiples traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual, aunado a que se le suministró la información requerida para el momento de traslado. También que a la demandante se le informó sobre las modalidades de pensión, a tal punto que aceptó pensionarse a través del retiro programado sin negociación del bono pensional. Finalmente, advirtió que en caso de declararse la ineficacia deben ser reintegradas las mesadas pensionales que se han cancelado a favor de la demandante, así como tampoco procede la devolución de los gastos de administración.

Colpensiones por su parte aduce que se cumplió con el suministro de información que se requería al momento de los hechos. Además, que la demandante ratificó su voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual al realizar traslados entre administradoras.

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.

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslados de régimen cuando se trata de afiliados.

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.

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, no obstante, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería en de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y de otro lado respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado pues confluyen en determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”

En esta oportunidad la Alta Coporación, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de

un pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

Resulta importante recordar además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

VI. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que la accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Old Mutual S.A. en mayo de 2016, con la modalidad de *“retiro programado sin negociación de bono pensional”*, a tal punto que plasmó que las mesadas sean consignadas en su cuenta corriente de Bancolombia (f.º 282 a 293).

Ahora, la prestación que disfruta la demandante desde hace más de cinco años en el régimen de ahorro individual, se pactó a través de la suscripción de un *“contrato retiro programado sin negociación del bono pensional”*, dentro del cual se previó que para acceder a dicha modalidad de pensión, el saldo en la cuenta de ahorro individual, sin considerar el monto del bono pensional, debe ser suficiente para cubrir el 130% de las mesadas pensionales proyectadas bajo la modalidad de retiro programado a pagar desde el momento en que se pensiona el afiliado y hasta la fecha de redención normal del bono pensional. Es decir, la Administradora de Fondo de Pensiones paga al pensionado o beneficiarios de la pensión, con cargo al saldo existente en la cuenta de ahorro individual. (f.º 278 y 279).

Resulta pertinente señalar que dentro de los beneficios que prevé la pensión de retiro programado sin negociación del bono pensional, se encuentra **i)** el pago de la pensión de vejez; **ii)** el pago de la pensión de sobrevivientes en caso de fallecimiento del afiliado; **iii)** excedente de libre

disponibilidad, para eventualmente retirar el capital usado para financiar la pensión y *iv)* auxilio funerario.

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021 que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque que la calidad de pensionada beneficiaria de la pensión de retiro programado no puede obviarse, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente entre la demandante y la AFP Old Mutual S.A., por lo que no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, aunque la citada Corporación señaló que en los casos en que los pensionados solicitan la ineficacia del traslado de régimen por falta al deber de información lo eventualmente procedente, es el reconocimiento de perjuicios. No obstante, en el asunto bajo examen se advierte que las pretensiones se limitaron a declarar la nulidad o ineficacia e incluso subsidiariamente la invalidez del traslado a luz del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, esto es, la evidente intención de devolver las cosas a su estado anterior y, por ende, el traslado al régimen de prima media, lo cual no resulta posible en casos de pensionados, pues se itera, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral determinó que en dichos eventos solo procede el reconocimiento de perjuicios. Al punto, en la sentencia en comento se reseñó:

“En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.”

Luego, la Sala no puede entrar a pronunciarse al respecto, en atención a que las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

De conformidad con las consideraciones expuestas y surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura revoca la decisión analizada, para en su lugar, absolver a las demandadas. Por las resultas del proceso se releva de atender los recursos de apelación.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en la consulta ni en la apelación ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2019 00067 01
DEMANDANTE: YENIDA VILLAREAL RIVAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. 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 Protección S.A., Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

motivos por los cuales no debía declararse ineficaz el acto del traslado (art. 280 del CGP).

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

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

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

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia o la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con la AFP Protección S.A.. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados en la cuenta individual, más bonos pensionales, frutos e intereses y valores descontados por cuotas de administración. Condenar a Colpensiones a aceptar el traslado y a actualizar la historia laboral. Asimismo, disponer a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó al Instituto de Seguros Sociales hasta octubre de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con la AFP Protección S.A.. Adujo que el asesor del fondo le indicó que con base en su historia laboral le convenía hacer el cambio, pues su pensión iba a mejorar y por consiguiente sus condiciones de vida.

Refirió que la AFP al momento del traslado no le brindó información que le permitiera tomar la decisión de forma consiente e ilustrada, tampoco le realizó proyecciones pensionales que le mostrara cifras ciertas de la pensión que obtendría, luego en el año 2018 le realizó un comparativo según el cual en el RAIS la mesada pensional que obtendría sería de \$781.242, entre tanto, en Colpensiones la prestación ascendería a \$ 3.141.794. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el cambio de régimen pero Colpensiones y Protección negaron la solicitud (f.º 2 a 13).

Al responder, la AFP **Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la creación del régimen de ahorro individual a través de la ley 100 de 1993 y las peticiones elevadas a la AFP, así como sus respuestas. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el

aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; el traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, y las declarables oficiosamente (f.º 72 a 88)

Al contestar, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relacionados con la afiliación al Instituto de Seguros Sociales y la creación del régimen de ahorro individual. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y la obligación; el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y las demás declarables oficiosamente. (f.º 134 a 139).

Por auto del 12 de noviembre de 2019 se ordenó vincular a la AFP Porvenir S.A. (f.º146), la que al contestar se opuso a las pretensiones. Respecto a los hechos manifestó no constarle o no se tratan de hechos. Para enervar las pretensiones formuló las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables de oficio (f.º 160 a 179).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad – efectuado por la AFP Porvenir el 11 de agosto de 1998. Condenó a Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses que se hubieren causado de conformidad con las previsiones del artículo 1.746 del Código Civil. Dispuso a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Protección y a efectuar los ajustes correspondientes a la historia laboral. Sin condena en costas (f.º 192 y 193).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido, es necesario un consentimiento informado, el cual no se avizora en el presente asunto, pues la AFP no cumplió con la carga de demostrar por cualquier medio que informó a la demandante las consecuencias de su cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías **Porvenir S.A.** alegó que brindó información completa a la demandante la cual consta en el formulario de afiliación y se constituye en plena prueba de la manifestación de voluntad de realizar el traslado tal como lo disponía la ley para el momento del traslado, por lo que no es posible exigir requisitos adicionales incluidos en las normas con posterioridad al cambio de régimen. Refirió que la actora se encuentra incurso en una imposibilidad de trasladarse dado la edad y no es posible declarar la ineficacia porque se encuentra inconforme con el monto de la pensión.

Protección S.A., suplicó revocar la sentencia en cuanto ordenó trasladar a Colpensiones gastos de administración incluidas las sumas destinadas al seguro previsional, ya que esto configuraría un enriquecimiento sin causa, como quiera que estos dineros no conforman el capital necesario para financiar la pensión. Señaló que la condena no atiende a los efectos previstos en la ley para cuando se declara la nulidad de un acto jurídico, ya que en el caso particular la afiliación no existió, los rendimientos no se causaron y las cuotas de administración no se dedujeron. Alegó que la AFP está imposibilitada para cobrar a la aseguradora las sumas que ya fueron giradas. Resaltó que opera la prescripción respecto de los gastos de administración porque son conceptos descontados periódicamente.

Por su parte, **Colpensiones** adujo que el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación por no encontrar probado que las administradoras cumplieron con el deber de información, pero olvida que cuando la demandante se trasladó, la Ley 100 de 1993 solamente disponía la aceptación espontánea, libre y expresa que se manifestaba a través de la suscripción del formulario de afiliación. Por lo que también resulta imposible hacer recaer la carga de la prueba en la AFP. Sostuvo que el interrogatorio no fue correctamente valorado, como quiera que la demandante aceptó conocer las características de cada régimen, además que su único interés es mejorar la mesada pensional, pues al no cumplir sus expectativas, lo que no constituye una causal para declarar la ineficacia de la afiliación de un apersona que durante más de 20 años jamás manifestó inconformidad de estar vinculada al régimen de ahorro individual.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos

los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

VI. CASO CONCRETO

De conformidad con la copia de cédula de ciudadanía y estado de cuenta allegado por la AFP Porvenir S.A. se tiene que la demandante nació el 14 de noviembre de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 566 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 100 a103, 121 y 181). 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 11 de agosto de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 181). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir S.A. desde el 1º de octubre de 1998 al 30 de septiembre de 1999; a Colmena desde el 1º de octubre de 1999 al 1º de abril de 2000, cuando

por cesión pasó a estar afiliada a ING hoy Protección S.A., según historial de vinculaciones de folio 180.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que a su lugar de trabajo se presentó un asesor del fondo privado, quien en reunión grupal dio una charla en la que les manifestó que el Seguro Social se iba a acabar, que en el fondo privado se pensionarían a los 20 años de trabajo, no tendrían que llegar a los 55 años de edad para recibir la prestación y que la mesada sería superior. Además, que las semanas que ya tenían cotizadas pasarían triplicadas en dinero a Porvenir. Señaló que se trasladó a Colmena porque le indicaron que se podía trasladar de AFP a los 6 meses, pues se trasladó a la Fundación Social y en ese grupo tenía su salud y riesgos laborales, después los traslados fueron automáticos a ING y a Protección S.A. Confesó que no leyó el formulario de afiliación.

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 al demandante al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo

acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que 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, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

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

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

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

De igual forma, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional 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 Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de septiembre de 2020, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

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

sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: YENIDIA VILLAREAL RIVAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00067 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 021 2019 00647 01
DEMANDANTE: BLANCA LILIA GIRALDO SÁNCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

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

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la demandante y las demandadas AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 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 principalmente la nulidad o ineficacia de la afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Subsidiariamente la inexistencia del acto de traslado. En consecuencia, se condene a las demandadas a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero y a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante. Se condene a las demandadas en perjuicios morales, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de abril de 1964 y estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida desde el año 1979 hasta 1997. Señaló que entre 1995 y 1997 presentó multifiliación entre Colpensiones y Porvenir S.A. También que se trasladó el 13 de septiembre de 1994 a Porvenir S.A., el 8 de septiembre de 1998 a Protección S.A., el 20 de octubre de 1999 a Horizonte S.A., el 3 de agosto de 2000 a Porvenir S.A. y el 25 de septiembre de 2012 a Colfondos S.A. Advirtió que no se suministró la información clara, completa y precisa sobre las ventajas y desventajas del traslado. Asimismo que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada.

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al régimen de prima media y la reclamación administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima 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 y las demás declarables oficiosamente. (f.º 110 a 129).

Por su parte la **AFP Colfondos S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la fecha de afiliación y de los otros, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la inexistencia de perjuicios. (f.º 157 a 171).

La **AFP Protección S.A.** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la petición, y su

respuesta. Respecto a los restantes, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y la inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (f.º 231 a 245).

La **AFP Porvenir S.A.** rechazó el éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la fecha de afiliación, y de los otros, manifestó no constarle o no ser ciertos. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f.º 279).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de enero de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad en su momento realizado por AFP Porvenir S.A. Declaró como afiliación válida la de Colpensiones y condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración, sin deducción alguna. Dispuso a Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los gastos de administración. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media. Declaró probada la excepción de inexistencia de perjuicios y no probadas las demás. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. (f.º 324 y 325).

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 y no puede entenderse configurado por la simple suscripción del formulario de afiliación. Preciso que los múltiples traslados no convalidan la falta de suministro de información. Advirtió que no existe prueba cierta sobre la causación de los perjuicios morales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes la demandante y las demandadas Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. Interpusieron recurso de apelación.

La **parte demandante** solicita la condena en costas a las demandadas Colpensiones, Protección y Colfondos.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** suplica la revocatoria de la sentencia al ser el acto de afiliación y traslado completamente válido, pues de los medios de prueba se colige que fue voluntario, y se cumplió con los requisitos en la ley para el momento de los hechos. Indicó que el formulario de afiliación comprende información sobre el régimen de ahorro individual. Narró que antes de los 10 años para cumplir la edad de pensión se puso de presente a la demandante la opción de traslado. Señaló que no procede la devolución de los gastos de administración.

La **AFP Protección S.A.** indicó que es un tercero de buena fe por lo que no procede la devolución de los gastos de administración.

Colpensiones por su parte aduce que el formulario de afiliación refleja la voluntad de la parte demandante de pertenecer al régimen de ahorro individual y la carga de la prueba correspondía a la promotora.

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 26 de abril de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y 581,15 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 11 y 73). 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 1 de octubre de 1994 así se observa en el reporte emitido por Asofondos (f.º 305). Asimismo, conforme a dicha documental es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP Porvenir desde el 1º de octubre de 1994 a 31 de octubre de 1998, en la AFP Protección del 1º de noviembre de 1998 a 30 de noviembre de 1999, en la AFP Horizonte desde el 1º de diciembre de 1999 a 30 de septiembre de 2000, nuevamente en la AFP Porvenir desde el 1º de octubre de 2000 a 31 de octubre de 2012 y en la AFP Colfondos del 1º de noviembre de 2012 en adelante (f.º 305).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1994 se trasladó al fondo privado mientras laboraba en Galería, la cual se hizo sin ninguna asesoría, pues el empleador se limitó a pasar el formulario de afiliación para su firma. Adujo que el cambio de fondos corresponde al cambio de empleadores, que el traslado de Colfondos se realizó para realizar aportes voluntarios con el fin de mejorar la mesada pensional y porque se le indicó que ya no se podría pasar a Colpensiones. Refirió que una asesora del fondo privado le indicó que se podría pensionar con una edad inferior a la requerida en prima media.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse con el convencimiento que iba ganar mayores rendimientos el dinero ahorrado en la cuenta individual que el que otorga el sistema de prima media, o la referencia que el ISS se iba acabar, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

Por tanto, la AFP Colfondos 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 rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a Protección 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 confirmada 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.

Finalmente, estima la Sala que hay lugar a condenar a Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Colfondos S.A. a pagar las costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A. resultaron derrotadas, pues estas se opusieron a la totalidad de pretensiones y fue declarada la ineficacia del traslado. En consecuencia, la sentencia analizada será modificada en este punto.

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 proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de enero de 2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de enero de 2021, en el sentido de condenar en costas del proceso en primera instancia a Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Colfondos S.A.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la decisión analizada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 021-2019-00647-01

Resolución de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: BLANCA LILIA GIRALDO SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 021 2019 00647 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 010 2019 00094 01
DEMANDANTE: LUZ ÁNGELA URIBE URIBE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

Conforme al memorial de folio 154, se tiene como apoderado judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según poder dado por la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía número 1.037.639.320 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada de la demandada, según Escritura Pública n°. 120 del 1° de febrero de 2021. (f.° 155 a 173).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual a

través de la AFP Santander S.A. En consecuencia, declarar que la demandante se encuentra amparada en el régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. A las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 13 de diciembre de 1957, se encontraba afiliada en prima media para el 1º de abril de 1994 y se trasladó a la AFP Santander S.A. sin conocer las consecuencias de ello. Refirió que el 12 de diciembre de 2007 solicitó el traslado de régimen, lo cual fue negado. Advirtió que con fallo de tutela del 10 de febrero de 2009 este Tribunal amparó sus derechos fundamentales y, en consecuencia, ordenó a la AFP Santander S.A. a trasladarla al Seguro Social junto con sus ahorros.

Precisó que mediante Resolución n.º. GNR 43404 del 8 de febrero de 2017 Colpensiones reconoció la pensión de vejez de conformidad con la Ley 797 de 2003. Ante la cual, interpuso recurso de reposición. Fue así, como con Resolución n.º. SUB 945 de 16 de marzo de 2017 se reliquidó la pensión de vejez, pero no se aplicó el régimen de transición pensional por existir un traslado de régimen pensional el 5 de marzo de 2014. Advirtió que para el 1º de abril de 1994 contaba con 36 años de edad y para el 25 de julio de 2005 con 781 semanas de cotización. Además, que la demandada niega el reconocimiento de la prestación con base en el régimen de transición con el argumento que se realizó un traslado de régimen. Narró que solicitó a Colpensiones la nulidad de traslado, lo que fue negado.

Al dar respuesta a la demanda, la **AFP Protección S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación en prima media para el 1º de abril de 1994, la solicitud de traslado de régimen y el fallo de tutela que ordenó el traslado. De los restantes indicó no constarle o no ser ciertos. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (f.º 90 a 102).

Por su parte, **Colpensiones**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el régimen de transición para el 1º de abril de 1994, el fallo de tutela, el reconocimiento de la pensión de vejez y la reclamación administrativa. Frente a los restantes indicó no constarle o no es cierto. En respaldo de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás declarables de oficio. (f.º 122 a 126).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al de ahorro individual con solidaridad. Condenó a Colpensiones a recibir y restablecer la afiliación de la demandante sin solución de continuidad. Dispuso a Protección S.A. a entregar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración debidamente indexadas. Ordenó a Colpensiones a revisar los valores que reintegre Protección S.A. Declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Declaró no probadas las excepciones. Condenó en costas a la AFP Protección S.A.

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Protección S.A., no demostró haber brindado la información completa, veraz, oportuna. Además, que para el 1º de abril de 1994 la demandante era beneficiaria del régimen de transición pensional, por lo que el fondo de pensiones debió advertirle que el traslado de régimen conllevaría la pérdida de la transición pensional, lo cual no se probó. Advirtió que el interrogatorio de parte y formulario de afiliación no acreditan el suministro de una información completa. Refirió que la AFP Protección S.A. no acreditó que haya efectuado la totalidad de valores al momento del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada **AFP Protección S.A.** interpuso recurso de apelación parcial frente al numeral tercero de la sentencia. Para ello, señaló que no procede la devolución de los gastos de administración como quiera que los mismos corresponden a una obligación legal.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

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

Ahora, el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que lo desarrollaran, no podría extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción, de aquellos trabajadores que al estar en tal régimen, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la citada reforma constitucional, a los cuales se les mantendría dicho régimen hasta el 31 de diciembre del 2014.

En el presente caso, la demandante en principio es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, dado que para la entrada en vigencia de dicho precepto legal tenía más de 35 años, al nacer el 13 de diciembre de 1957, por lo que cumplió los 55 años el mismo día y mes de 2012 (f.º 66), esto es, después del 31 de julio de 2010. Por tal motivo, el requisito de cotizaciones por 750 semanas a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser acreditado por la actora para mantenerse como beneficiaria del régimen de transición.

Una vez realizadas las validaciones correspondientes se comprueba que para el 29 de julio de 2005, el accionante contaba con 787,05 semanas cotizadas, es decir un número superior al señalado en el Acto

Legislativo, por lo que se mantuvo como beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

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 3 de septiembre de 1996, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colmena S.A. (f.º117) Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colmena S.A desde el 1º de noviembre de 1996 al 31 de marzo de 2000; a ING S.A. del 1º de abril de 2000 al 30 de diciembre de 2012; a Protección S.A. del 31 de diciembre de 2012 al 30 de abril de 2014 y del 1º de mayo de 2014 en adelante a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones (f.º121).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que laboraba en el Hospital de Kennedy cuando se realizó una reunión por parte del fondo de pensiones, dentro de la cual se le informó que iba a ganar intereses, que los dineros serían heredables y que el ISS se iba a acabar. Adujo que se diligenciaron los formularios y se firmó.

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 Protección S.A. a la cual se encontraba afiliada la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se mantendrá en este punto.

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

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

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

De conformidad con las consideraciones 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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 10-2019-00094-01
actuarium de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ ANGELA URIBE URIBE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 010 2019 00094 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