



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 38 2019 00346 02.  
**DEMANDANTE:** LILIANA IVONNE GUERRERO FAJARDO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y  
CESANTÍAS S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y  
CESANTÍAS S.A.

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

Conforme al memorial de folio 7 se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO identificada con Cedula de ciudadanía número 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3373 de 3 de septiembre de 2019 (expediente digital).

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de febrero de 2021.

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 nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A.. Se tenga como afiliación válida la efectuada en prima media administrado hoy por Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Old Mutual trasladar a Colpensiones los aportes realizados a la cuenta individual. A Colpensiones a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por la actora en el RAIS. Asimismo, se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra* y *petita*, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la ineficacia del traslado de régimen y su inoperancia.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de abril de 1968 y se afilió al Sistema General de Pensiones el 30 de enero de 1987 a través de su empleador Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero. En julio de 1994 se afilió a la AFP Colfondos, en el que los promotores del fondo privado no le brindaron información completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen sus diferencias, ventajas y desventajas, así como las implicaciones que sobre sus derechos pensionales tendría el traslado. Con posterioridad se trasladó a Skandia y que cuenta con 1216 semanas cotizadas.

Señaló que de acuerdo con proyección pensional el valor de la mesada pensional en Colpensiones para el año 2019, es de \$9'491.015 entre tanto, en el RAIS, para la misma anualidad correspondería a

\$3'658.065. Finalmente, solicitó a las AFP y a Colpensiones el traslado de régimen (f.º 2 a 18 Expediente Digital).

Al contestar la AFP **Old Mutual S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, únicamente aceptó la solicitud de traslado presentada por la actora. Frente a los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses, propuso la excepción previa de falta de integración del *litis* consorcio necesario con la AFP Porvenir S.A., y las excepciones de fondo que denominó Old Mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, la ausencia de configuración de causales de nulidad, la inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al régimen de ahorro individual, la ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 155 a 194 expediente digital).

Por su parte, la **AFP Colfondos S.A** rechazó las peticiones de la actora. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la edad, la data de afiliación a la AFP Colfondos, la solicitud elevada ante la AFP y la respuesta emitida. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la no existencia de causal de nulidad alguna, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, la compensación y el pago, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la ausencia de vicios del consentimiento, la obligación a cargo de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento y la

edad, el total de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (f.º 246 a 258 expediente digital).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de febrero de 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Se relevó del estudio de las excepciones e impuso costas a la parte demandante.

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la AFP tenía la obligación de vincular a la actora dado que no estaba excluida del sistema. Asimismo, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo en el acto del traslado, al no evidenciarse que hubiere desplegado por parte del fondo, maniobras tendenciosas o fraudulentas para desmejorarle las condiciones pensionales, tampoco para inducirla en error o generarle un perjuicio futuro, por lo que estimó que el cambio fue un acto voluntario de la demandante. Consideró que ordenar el traslado de manera automática implicaría afectar principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional y se violaría el principio de igualdad con el que cuentan los afiliados al sistema pensional porque se permitiría el traslado a quien está incurso en una prohibición legal, al estar a menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión. Aseguró que para el momento en que la accionante se trasladó la cobertura de los riesgos resultaba más benéfica en el RAIS, incluso hasta el momento en que llegó a los 46 años. Además, que si el móvil para trasladarse fue que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar la demandante tuvo mucho tiempo para verificar que esa situación no se concretó.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante imploró revocar la sentencia, toda vez que la AFP no demostró haber suministrado la asesoría suficiente, completa y necesaria para que tomara una decisión debidamente informada, lo cual no puede presumirse. Sostuvo que los traslados horizontales conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia no convalidan la afiliación al régimen de ahorro individual. Igualmente, que el beneficio adicional que se persigue está contemplado en la ley y no genera desfinanciamiento del sistema.

Para resolver lo pertinente se exponen las siguientes

### **IV. CONSIDERACIONES**

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

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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la

AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

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

## **V. CASO CONCRETO**

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 1º de abril de 1968, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años. No obstante, no es posible determinar cuantas semanas había cotizado o durante qué periodo había prestado servicios con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, al no aportarse prueba al respecto (expediente digital). Así las cosas, la actora no demostró ser 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 1 de julio de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 235 expediente digital). Asimismo, se verifica que se afilió a Old Mutual hoy AFP Skandia el 12 de febrero de 2005 (f.º 195 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que en 1994 cuando trabajaba para Samsung, el área de recursos humanos los convocó a una reunión para recibir información por parte de Colfondos. Allí el promotor reunió un grupo de 7 personas y por espacio aproximado de una hora les informó que el Seguro Social iba a desaparecer y que en el fondo privado tendrían mayor seguridad y mejores condiciones de pensión,

también podrían trasladar las semanas que hasta el momento tenían acumuladas, ellos manifestaron algunas inquietudes, les repartieron los formularios de afiliación y procedió a firmarlo. Luego se cambió a Skandia por un nuevo trabajo. Mencionó que no fue presionada y que demanda porque no ha tenido a lo largo de su vida laboral una asesoría, no le ha sido entregada información suficiente. Confesó que ha recibido extractos, pero sólo los mira para validar las semanas cotizadas y el aporte realizado por el empleador.

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Skandia S.A., hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, comisiones y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Colfondos 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, dado que 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).

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

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

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

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

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

#### **I. DECISIÓN**

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 25 de febrero de 2021, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a Old Mutual S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores

correspondientes a las cotizaciones, comisiones, los gastos de administración debidamente indexados y los rendimientos financieros.

**TERCERO: ORDENAR** a Colfondos S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES – los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades del tiempo en que estuvo afiliada la demandante en dicho fondo.

**CUARTO: ORDENAR** a Colpensiones recibir los dineros provenientes de las AFP Colfondos S.A. y Skandia S.A., por ende, a efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

**QUINTO: 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.

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

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

**OCTAVO: Sin COSTAS** en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

*admisión de voto*  
38-2019-00346-02

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: LILIANA IVONNE GUERRERO FAJARDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 038 2019 00346 02

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de revocar la decisión de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal 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 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio de 2021, esto es, revocando 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 revocar 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, pese a que en la sentencia se manifiesta que la ponencia se presentó confirmando la decisión de primera instancia lo cual no es correcto; el fundamento jurisprudencial 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 voto<sup>1</sup>.*

*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 aquélla, 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 aprobada”<sup>2</sup>.*

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 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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 27 de mayo de 2021.

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 27 de mayo de 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 35 2019 00598 01.  
**DEMANDANTE:** MARTHA CECILIA REYES CALDERÓN  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### **SENTENCIA**

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

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

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

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

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

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

## I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Se ordene el traslado y afiliación de la actora al régimen de prima media. En consecuencia, se disponga a Porvenir la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación tales como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos causados como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, gastos de administración o cualquier otro y asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital. Se condene al fondo privado, en caso de otorgarse la pensión previo al final de la litis, a seguir pagando hasta que sea trasladada y sea incluida en la nómina de pensionados de Colpensiones. Se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 26 de agosto de 1986 y como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 6 de agosto de 1999. Adujo que al momento de la asesoría el asesor se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS y las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen de prima media. Señaló que su mesada pensional en el régimen de prima media sería de \$3'099.903, en tanto, que en el régimen de ahorro individual sería de \$818.991. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente el traslado pero su solicitud fue rechazada (F.º 7 a 75 Expediente Virtual).

Al dar respuesta **Colpensiones**, se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto a los hechos, aceptó la fecha de afiliación al sistema de seguridad en pensiones, la reclamación administrativa y que no se ha realizado el traslado de régimen pensional. En relación con los

demás, manifestó no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media; la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada; la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (F.º 449 a 485 Expediente digital).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** rechazó las pretensiones. En relación con los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables de forma oficiosa (F.º 540 a 576 Expediente digital).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 17 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, ordenó a la AFP trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados por la demandante, junto con sus frutos, intereses y rendimientos. Condenó a Porvenir a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración en el tiempo en que estuvo afiliada a la AFP. Condenó a Colpensiones a afiliarla y recibir todos los aportes efectuados al RAIS y dispuso a Porvenir S.A. a pagar las costas del proceso (Expediente digital).

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

información que estos transmitieron a la demandante y que le permitiera optar por un traslado, previo análisis de los pros y los contras.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

**Colpensiones** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, dado que la afiliación es válida al ser suscrita por una persona plenamente capaz, de manera libre y voluntaria sin presiones y constreñimientos. Solicita se tenga en cuenta la Ley 153 artículo 17 de 1887 que enuncia que las meras expectativas no constituyen derecho en contra de una ley nueva que las anule. Adujo que la caducidad de rescisión de conformidad con el artículo 1750 del Código Civil es 4 años. Alegó se tenga presente los principios de sostenibilidad fiscal del sistema pensional, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, nadie puede alegar a su favor su propia culpa y hechos sobrevinientes que no se pueden prever al momento de la afiliación.

La **AFP Porvenir S.A.** adujo la no existencia de actos que impidieran o atentaran contra la afiliación del trabajador, dado que en este caso no se alegó el dolo por parte de la AFP, por el contrario la demandante suscribe el formulario de manera libre y voluntaria. Asimismo, indicó que el *a quo* consideró que no existen pruebas suficientes y que le restó valor probatorio al formulario de afiliación, máxime cuando la demandada cumplió con lo que se exigía para la época del traslado. Resaltó que la parte actora está inmersa en la prohibición 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 procedente también 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.

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en*

*forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

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

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

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

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

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

## **VI. CASO CONCRETO**

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 6 de abril de 1958, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 35 años y 205,43 semanas cotizadas a Colpensiones (F.º 153 y 95 Expediente digital). Así las

cosas, la actora es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 6 de agosto de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 119 y 578 expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora esta afiliada a Porvenir S.A. desde el 1º de octubre de 1999 (F.º 586 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en el Fondo Nacional del Ahorro unos asesores le solicitaron que se trasladara a Porvenir, le hicieron una reunión personal donde le informaron que se podía pensionar en cualquier época y con cualquier monto de pensión, no obstante, no le mencionaron nada acerca de la rentabilidad ni de la heredabilidad de la pensión. Manifestó no recordar haber leído el formulario y que recibe los extractos que no entiende al ser confusos.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen ante la inestabilidad del fondo público, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no

resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

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

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

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

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia analizada

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada 35-2019-00598-01.  
*Actuación devoto.*



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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA REYES DE CALDERON

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 035 2019 00598 01

**MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal 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 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio 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; el fundamento jurisprudencial 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 voto<sup>1</sup>.*

*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 aquélla, 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 aprobada<sup>2</sup>.*

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 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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 29 de abril 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 29 de abril de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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 34 2018 00161 01  
**DEMANDANTE:** CLAUDIA FRANCO NIÑO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de octubre 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 y/o nulidad de la afiliación a la AFP Porvenir S.A. También que Colpensiones verifique y reciba a satisfacción la integridad de los aportes pensionales sin que la AFP deduzca costo administrativo. En consecuencia, se condene a la Porvenir a trasladar todos los valores de aportes obligatorios y los rendimientos que posee en la cuenta de ahorro individual al régimen de prima media. A Colpensiones a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Asimismo, se disponga a las demandadas a pagar las costas del proceso y a reconocer los derechos *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 14 de junio de 1961, por lo que cuenta con más de 56 años de edad y desde febrero de 1979 estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales. Precisó que el 31 de octubre de 1997 firmó un formulario de afiliación con la AFP Porvenir y no le entregaron reglamento interno de funcionamiento del fondo de pensiones. Narró que se le refirió que podría pensionarse a cualquier edad y con una mesada superior que en el régimen de prima media, que obtendría mejores beneficios, nunca le suministraron información sobre las modalidades pensionales en el régimen de ahorro individual, tampoco que la conformación y edad de su núcleo familiar tendría incidencia esencial en el monto de la pensión, ni mucho menos de la imposibilidad de traslado de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir su edad de pensión. Agregó que la rentabilidad de Porvenir es de 3,47% lo que hace imposible la acumulación del capital necesario para una pensión similar a la de Colpensiones y que desde 2004 esta entidad pública no tiene tasas efectivas de rentabilidad. (f.º 55 a 78 Expediente Digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió las fechas de nacimiento, de vinculación a la AFP y que no tiene tasas de efectivas de rentabilidad. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción de

error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 90 a 106 Expediente Digital).

Al contestar, la **AFP Porvenir S.A** también rechazó las suplicas. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento, de vinculación al ISS, la afiliación a la AFP, que le brindó la información que se podría pensionar a cualquier edad y con una mesada superior al régimen de prima media y la rentabilidad que maneja. De lo demás manifestó no ser ciertos o no constarles. Para enervar las pretensiones de la demanda, formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables de oficio (f.º 148 a 169 Expediente Digital).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de octubre de 2020 declaró la nulidad del traslado realizado por la demandante el 31 de octubre de 1997 a través de la AFP Porvenir S.A. Condenar al fondo privado a reintegrar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivos de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos causados. A Colpensiones a recibir los valores reintegrados por Porvenir S.A. y tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Costas a cargo de Porvenir S.A.

Como sustento de su decisión, señaló que, los fondos de pensiones tienen la responsabilidad del correcto manejo al brindar una correcta asesoría para atender sus necesidades y conveniencias concretas, por lo que deben garantizar que existió una voluntad informada que determine en el afiliado una decisión autónoma, libre, voluntaria y consciente, tal como lo dispone la Ley 100 de 1993, que debe ser objetivamente verificable para que se escojan los riesgos y beneficios del traslado. Argumentó que la AFP tiene desde su creación la obligación del buen consejo, no obstante, no demostró que brindó una correcta asesoría que no se satisface con la

firma del formulario. Frente a la prescripción indicó que el derecho es fundamental y tiene carácter irrenunciable, por lo que es imprescriptible, como lo ha dejado sentado la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1688 de 2019.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

**Colpensiones** solicitó revocar la sentencia al advertir que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal al no ser beneficiaria del régimen de transición. Asimismo, durante el proceso no se evidenció un error que haya llevado a la demandante a suscribir el contrato de afiliación con la AFP, por el contrario, fue suscrito de manera libre y voluntaria. Refirió que la actora al ser abogada no puede tener como excusa el desconocimiento de la Ley 100 de 1993. Señaló que se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Por su parte, **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia de primera instancia, toda vez que el deber de información de las AFP ha cambiado con el paso del tiempo y que al momento de la afiliación de la demandante cumplieron con la información necesaria que se debe dar a los afiliados, por lo que aportaron a este juicio los medios adecuados que se exigían para esa época, por lo cual el formulario de afiliación es una prueba válida según lo contemplada en el artículo 256 del Código General del Proceso. Se opuso a la devolución de bonos pensionales, frutos e intereses, sumas diferentes a las indicadas en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 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 la promotora del juicio nació el 14 de junio de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 172 semanas cotizadas a Colpensiones. Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 31 de octubre de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 17 y 171 Expediente Digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir desde el 1º de diciembre de 1997 al 31 de marzo de 2000; a Horizonte S.A. desde el 1º de abril de 2000 al 31 de diciembre de 2013 y desde el 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A. (f.º 173 Expediente Digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que es abogada, que inició a laborar con la Alcaldía de Bucaramanga y se trasladó porque se le presentó en su oficina una asesora de Porvenir quien le dio una asesoría que duró 10 minutos donde se le indicó que el gobierno había creado unos fondos privados para reemplazar al Instituto de Seguro Social porque se iba a acabar. Además, que la pensión iba a ser mejor y que se podían pensionar anticipadamente. Afirmó que la asesora llenó el formulario y ella lo firmó sin leerlo, porque confió en la asesoría. Refirió que no le presentó el modelo pensional del régimen de ahorro individual, tampoco el reglamento. Confesó que recibía extractos que no entiende, no obstante, no se acercó a la oficina a solicitar aclaración.

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

Del escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de octubre de 2020, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de octubre de 2020, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexados.

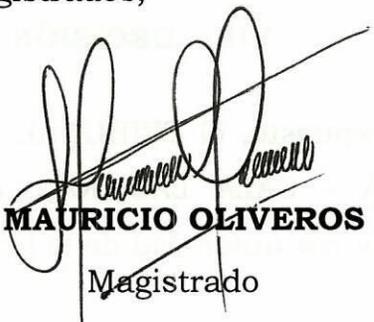
**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

**CUARTO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia analizada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada

*Relacionada de roles*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: CLAUDIA FRANCO NIÑO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00161 01

**MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal 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 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio 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; el fundamento jurisprudencial 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 voto<sup>1</sup>.*

*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 aprobada”<sup>2</sup>.*

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 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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 29 de abril 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 29 de abril de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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 32 2020 00228 01  
**DEMANDANTE:** STELLA PRIETO RODRÍGUEZ  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y  
CESANTÍAS S.A.

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

**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 Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de marzo de 2021. 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 nulidad e ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene al fondo privado a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados. A Colpensiones a recibir el traslado de régimen de la afiliación y los dineros. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos en ultra y extra *petita* y a Colfondos a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de abril de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales en junio de 1987. En febrero de 1996, se cambió al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A.. Adujo que firmó el formulario pero no lo diligenció, al momento del traslado y en los más de 20 años de afiliación a la AFP no ha recibido información clara, oportuna y real sobre las características de cada régimen, tampoco se le puso de presente que podría retornar a prima media antes de cumplir 47 años de edad. Finalmente, que reclamó administrativamente (f.º 2 a 15 carpeta expediente digital).

Al responder, la **AFP Colfondos S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, señaló no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de devolver cuotas de administración, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la compensación y pago y las demás declarables oficiosamente (Expediente Digital).

Al contestar, **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, las

cotizaciones realizadas al sistema general de pensiones y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen; la responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; el sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); la buena fe de Colpensiones, la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (Expediente Digital).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de marzo de 2021, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y dispuso la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual efectuado por accionante a la AFP Colfondos el 2 de abril de 1996. Condenó al fondo privado a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. Ordenó a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada previo al traslado. Condenó en costas a Colfondos.

Como sustento de su decisión, señaló que los fondos de pensiones tienen el deber de suministrar a los afiliados o potenciales afiliados información clara y suficiente por lo que esta en cabeza de las AFP la carga de la prueba de demostrar que ello sucedió, lo que no aconteció en el presente proceso, porque la AFP no allegó prueba que hubiera suministrado información sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales y no basta con la simple firma del formulario de afiliación.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Colfondos S.A.**, argumentó que no es procedente devolver los gastos destinados a contratar los seguros previsionales, pues fueron descontados por disposición legal.

Por su parte, **Colpensiones** discutió que el juzgado no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica bajo el entendido que es un tercero en el acto jurídico de traslado y no puede verse perjudicada por la decisión de la declaratoria de nulidad o inexistencia por falta al deber de información. Sostuvo que la sentencia afecta el principio de la sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 01 de 2005, porque los dineros que se trasladen no resultarán suficientes para financiar la pensión de vejez de la demandante que no ha contribuido al fondo común, por lo que debe asumir la AFP el valor de la mesada pensional que la demandante hubiese recibido de permanecer afiliada a prima media.

### **IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **VI. CASO CONCRETO**

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la demandante nació el 22 de abril de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 328,12 semanas cotizadas a Colpensiones (Expediente Digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 2 de abril de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (Expediente Digital), el cual se hizo efectivo el 1º de junio de 1996, según historial de vinculaciones del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que no sabía que pertenecía a Colfondos, lo que tenía claro era que estaba afiliada al Seguro Social, porque nunca recibió una asesoría por parte de Colfondos y se enteró de su afiliación en el año 2015 cuando la empresa para que laboraba se lo informó, razón por la cual intentó comunicarse con la AFP, pero no le contestaron y no insistió más. Memoró que en 1996 el empleador de esa época les hizo una reunión donde les manifestó que quería que se trasladaran a Cruz Blanca por lo que ese fue el formulario que le pasaron ya diligenciado y que recuerda haberlo firmado pero sin leerlo. Indicó que no le ha solicitado al fondo una simulación pensional y inició este proceso al consultar con una firma de abogados le dijeron que el régimen de prima media le favorecía más.

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, lo que se evidencia es que la AFP nunca asesoró a la accionante no le suministró información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características del 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, comisiones, los gastos de administración y de seguros previsionales a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, se mantendrá la sentencia analizada en este punto.

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

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

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

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

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 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 sentencia analizada.

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

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada 32.2020-00228-01

*actuarium de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: STELLA PRIETO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 032 2020 00228 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal 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 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio 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; el fundamento jurisprudencial 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 voto<sup>1</sup>.*

*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 aquélla, 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 aprobada”<sup>2</sup>.*

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 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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 27 de mayo 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 27 de mayo de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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 32 2020 00048 01  
**DEMANDANTE:** LUISA FERNANDA BOHÓRQUEZ RINCÓN  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., 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 julio de dos mil veintiuno (2021).

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2021.

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 nulidad e ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. Asimismo, se declaren nulas e ineficaces las afiliaciones realizadas entre las administradoras del régimen de ahorro individual. En consecuencia, se condene a la AFP Skandia S.A. a trasladarla a prima media, junto con su cuenta de ahorro individual incluidos rendimientos financieros. A Colpensiones a aceptar el retorno sin solución de continuidad desde el 22 de junio de 1995. Se disponga a las demandadas reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 10 de enero de 1967 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 21 de octubre de 1992 donde cotizó 136.71 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. el 22 de junio de 1995, posteriormente realizó traslados de manera horizontal a Old Mutual S.A., Porvenir S.A., Protección S.A., luego regresó a Colfondos S.A., retornó a Porvenir S.A. y finalmente y en adelante se afilió a Old Mutual hoy AFP Skandia S.A. Adujo que Colfondos S.A. nunca le informó cuáles serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de pensión mínima, tampoco las condiciones para la devolución de saldos, no le brindó información clara, precisa y oportuna sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, únicamente le advirtieron que el Instituto de Seguros Sociales se liquidaría y de continuar vinculada con esta entidad perdería las semanas cotizadas para pensión.

Sostuvo que Colfondos le informó que había estado incurso en conflicto de múltiple vinculación el cual fue dirimido en favor de la entidad. Refirió que de conformidad la simulación pensional realizada en Colfondos S.A., tendría una mesada pensional de \$1'100.000, entre tanto, en Colpensiones ascendería a la suma de \$5'040.000. Finalmente que en el mes de agosto de 2019 solicitó a las entidades del régimen de ahorro

individual y a Colpensiones el traslado de régimen, la cual fue negada (Expediente Digital).

Al contestar **AFP Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones en su contra. Frente a los hechos aceptó únicamente el natalicio de la accionante y las peticiones elevadas. Manifestó no costarle ninguno de los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; la inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, el traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos y las demás declarables de oficio (Expediente Digital).

Al responder, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, la afiliación al Instituto de Seguro Social, el cambio de régimen también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, la responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, la buena fe de Colpensiones, el cobro de lo no debido, la falta de causa para pedir, la presunción de legalidad de los actos jurídicos, la inexistencia del derecho reclamado, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (Expediente Digital).

Por su parte, **Skandia AFP S.A.** se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la data en que nació

la actora, la fecha en que se afilió a prima media, igualmente la solicitud presentada y su respuesta. Respecto de los restantes manifestó no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones de la prescripción, la buena fe, el cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (Expediente Digital).

De otro lado, la AFP **Colfondos S.A.** no se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó únicamente la fecha de nacimiento de la accionante y la data de afiliación a la AFP (Expediente Digital)

Mediante auto del 20 de octubre de 2020, se le tuvo por no contestada la demanda a la **AFP Porvenir S.A.**

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2021, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir formulada por Protección S.A., la de inexistencia del derecho reclamado formulada por Colpensiones y el cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación formulada por Skandia S.A. Absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra. Condenó en costas a la demandante.

Como sustento de su decisión, señaló que si bien la accionante manifiesta no haber recibido información, quedó demostrado que el cambio de régimen se realizó de manera libre y voluntaria, además en el interrogatorio de parte la demandante manifestó conocer algunas características del régimen de ahorro individual y que dejó entrever con sus múltiples traslados la vocación que tenía de permanecer en el RAIS

## III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme **la parte demandante** imploró revocar la sentencia dado que las AFP no demostraron en virtud de la carga dinámica de la prueba haber brindado información documentada en los términos señalados por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, esto es, de manera

clara, concreta, veraz y oportuna sobre las características y diferencias de ambos regímenes. Además que el traslado entre fondos privados no convalida o ratifica la afiliación al RAIS. Solicitó poner a disposición el bono pensional correspondiente al año 1995, el que debe ser utilizado para financiar su pensión.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **V. CASO CONCRETO**

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la demandante nació el 10 de enero de 1967, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y 75,96 semanas cotizadas a Colpensiones (Expediente digital). 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 22 de junio de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (Expediente Digital), el cual se hizo efectivo el 1º de julio de 1995, según historial de vinculaciones del expediente digital aportado por Colfondos. Asimismo, conforme a las contestaciones de demanda se tiene que también ha estado vinculada a las AFP Porvenir, Skandia y Protección.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que el promotor de Colfondos con quien realizó el traslado de régimen le dijo que el Seguro Social pasaba por una situación incierta de permanencia, en cambio con los fondos privados se podría pensionar anticipadamente y con un mejor monto. Manifestó que no recibió asesoría por parte de ninguna AFP, simplemente se limitaban a ofrecerle mayor respaldo económico. Confesó que se vinculó a cada fondo de manera libre y voluntaria, también que en un periodo realizó aportes voluntarios pues, así lo acordó con la empresa para la que laboraba en ese momento. Refirió que su interés en regresar a prima media radica principalmente en el perjuicio económico que se deriva del reconocimiento pensional.

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

características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

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

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

Por tanto, la AFP Skandia S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada la demandante deberá devolver los aportes pensionales, comisiones y los gastos de administración debidamente indexados y rendimientos a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Se precisa que no es posible eximir a las AFP Colfondos, Porvenir y Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración, mientras estuvo afiliada a dichos fondos, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 – 2019).

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

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora. Igualmente, se declara que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar

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

Sin costas en la instancia ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de las demandadas Colfondos, Porvenir, Protección y Skandia hoy Old Mutual.

## **VI. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida el 17 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. hoy Old Mutual, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, comisiones y gastos de administración debidamente indexados y los rendimientos financieros.

**TERCERO: ORDENAR** a Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES – los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexadas descontadas a la accionante en el periodo en que estuvo afiliada a cada fondo, con cargo a sus propias utilidades.

**CUARTO: ORDENAR** a Colpensiones recibir los dineros provenientes de la AFP Skandia S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

**QUINTO: 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.

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

**SÉPTIMO: Sin COSTAS** en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de las demandadas AFP Colfondos, Porvenir, Protección y Skandia hoy Old Mutual.

**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 32.2020 00048-01  
*Asesoración de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: LUISA FERNANDO BOHORQUEZ RINCON

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 032 2020 00048 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de revocar la decisión de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal 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 27 de mayo de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio de 2021, esto es, revocando 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 revocar 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, pese a que en la sentencia se manifiesta que la ponencia se presentó confirmando la decisión de primera instancia lo cual no es correcto; el fundamento jurisprudencial 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 voto<sup>1</sup>.*

*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 aquélla, 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 aprobada”<sup>2</sup>.*

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 27 de mayo de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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 27 de mayo de 2021.

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 27 de mayo de 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 32 2016 00513 01  
**DEMANDANTE:** LUZ ELVIA QUINTERO NAVARRO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y LUCY RUIZ.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandantes Luz Elvia Quintero Navarro y Lucy Ruiz contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de julio de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a pagar la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente de Guillermo Sanabria Parrales, a partir del 24 de diciembre de 2012, junto con los intereses moratorios, la indexación, los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 24 de diciembre de 2012 falleció el señor Guillermo Sanabria Parrales, quien disfrutaba de pensión, con quien convivía para esa fecha desde hacía aproximadamente 24 años, inicialmente desde 1962 a 1970 y, luego, desde el año 1992 hasta que se produjo el deceso.



Refirió que en virtud de la convivencia se procrearon tres hijos de nombres Germán Guillermo, James Alberto y Oscar Orlando Sanabria Quintero, todos mayores de 25 años para el momento en que su padre murió. Indicó que el 2 de enero de 2013 solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente. En respuesta, la entidad mediante Resolución GNR 092360 del 12 de mayo de 2013 negó la petición, pues también se presentó a reclamar Lucy Ruiz, por lo que quedó en suspenso el derecho para que sea definido por la jurisdicción ordinaria laboral. Inconforme, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los que fueron resueltos por la administradora confirmado su decisión inicial.

Adujo que el causante la tenía vinculada a la EPS Coomeva como su beneficiaria a partir del 13 de noviembre de 2001 hasta el 26 de julio de 2012, entre tanto, Lucy Ruiz obra en el sistema de salud como compañera permanente beneficiaria de Jader Hernando Rodríguez Isaza, (f.º 2 a 15).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de defunción del causante, su calidad de pensionado, la solicitud de pensión y los actos administrativos emitidos en respuesta por la entidad. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de buena fe, la compensación, la prescripción, la inexistencia de intereses moratorios e indexación y las demás declarables oficiosamente (f.º 63 a 72).

Por auto del 17 de enero de 2017 se dispuso emplazar a Lucy Ruiz (f.º 85 y 92 publicaciones). El curador *ad litem* se opuso al éxito de las pretensiones, expuso que el derecho a la pensión es inherente a su representada quien como compañera permanente de manera exclusiva compartió cama, mesa y lecho con el causante. En cuanto a los hechos, aceptó la defunción del causante, su calidad de pensionado y las resoluciones emitidas por Colpensiones. Respecto de los restantes, manifestó no constarle su ocurrencia. Se abstuvo de formular excepciones (f.º 106 a 111).

Luego, Lucy Ruiz compareció mediante apoderado al proceso y se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de la muerte del causante, su condición de pensionado, la convivencia del causante con la demandante desde 1962 hasta 1970 y que en esta época procrearon 3 hijos, también los relacionados con las solicitudes de pensión y las respuestas dadas por Colpensiones. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones de inexistencia del derecho pretendido por la señora Luz Elvia Quintero Navarro, la inexistencia de la calidad de compañera permanente del señor Guillermo Sanabria Parrales, la inexistencia de la obligación demandada, la mala fe y la temeridad (f.º 180 a 186). Además, presentó demanda de reconvenición (f.º 214 a 219), la que fue rechazada mediante auto del 18 de octubre de 2018, por no contener pretensiones en contra de la demandante (f.º 253).

El 11 de diciembre de 2018, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá ordenó la acumulación con el proceso 7300131 05 001 2017 00049 00 adelantado por **Lucy Ruiz** contra Colpensiones que cursaba en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué (f.º 256), mediante el cual solicitó para sí, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir de 24 de diciembre de 2012, con ocasión del fallecimiento de su compañero Guillermo Sanabria Parrales, junto con los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que convivió en unión marital de hecho con el causante desde el año 1970 hasta 1991 y nuevamente desde el año 2006 hasta el 24 de diciembre de 2012, cuando se produjo el deceso. Fruto de la unión fueron 4 hijos Sneyla, Nelson Guillermo, Wilson Norvey y Lidi Johanna Sanabria Ruiz mayores de edad. Aseguró que con ocasión del estado de salud del causante convivieron de manera ininterrumpida y exclusiva, dado que ella se ocupó de su cuidado y atención. Expuso que con anterioridad su compañero convivió con Luz Elvia Quintero Navarro con quien procreó tres hijos y que esta persona desde hace más de 15 años reside en Bogotá.

Adujo haber solicitado a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes la cual fue negada por considerar que existe controversia entre presuntos beneficiarios. Al no estar de acuerdo, interpuso recurso de apelación, pero la entidad confirmó su decisión inicial (f.º 43 a 48 cuaderno anexo expediente acumulado).

Al dar respuesta a esta demanda, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. En relación con los hechos aceptó los relacionados con los actos administrativos emitidos por la entidad. Manifestó no ser hechos o no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de elementos establecidos en el supuesto de hecho de la demanda, la imposibilidad del ente de seguridad social de disponer del patrimonio de los coadministrados por fuera de lo cánones legales, la imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas – inexistencia de la obligación pretendida, la prescripción, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 59 a 67 cuaderno expediente acumulado).

Mediante providencia del 5 de marzo de 2019, el juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, ordenó correr traslado de la demanda a Luz Elvia Quintero Navarro, quien al contestar se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el fallecimiento del causante, su calidad de pensionado y los actos administrativos emitidos por Colpensiones. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de ausencia de derechos solicitados a cargo de la demandante; la buena fe y la mala fe por parte de la demandante (f.º 260 a 267).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de julio de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia de los elementos para demandar. En consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Condenó en costas a las demandantes (f.º 299 y 300).

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las accionantes demostró haber convivido con el causante en calidad de compañeras permanentes en los 5 años anteriores a su deceso.

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandantes interpusieron recursos de apelación

**Luz Elvia Quintero Navarro** imploró la revocatoria de la sentencia, por cuanto fueron aportadas declaraciones suscritas junto con el causante en los años 2010 y 2011 en las que se afirma su convivencia por más de 15 años, primero en la carrera 11 n.º 15 -50 y, luego, en la carrera 8ª n.º 24-44, esta última que pertenecía a Lucy Ruiz. Alegó que trajo al proceso escrito dirigido al ISS en el que el causante la relaciona como su beneficiaria y no es de recibo aceptar que los hijos fueron los que le solicitaron que tuviera a su señora madre como beneficiaria, pues esto no es lógico. Sostuvo que la valoración de la prueba fue deficiente, la que la pone en un estado de debilidad manifiesta al perder su derecho a la pensión después de haber dedicado al causante 28 años de su vida y haber procreado con él 3 hijos.

Refirió que por circunstancias forzosas la promotora tuvo que viajar a la ciudad de Bogotá a auxiliar a uno de sus hijos, sin que ello implique la ruptura de la convivencia con el causante y el desconocimiento al derecho de la pensión. Finalmente, ella no estaba llamada a demostrar la dependencia económica respecto del difunto.

Por su parte, **Lucy Ruiz** argumentó que la prueba testimonial, los documentos y los interrogatorios no fueron debidamente valorados, pues las testigos que trajo al proceso fueron enfáticas en señalar que el causante vivía con ella, aunque no pudieron determinar los extremos. Al punto precisó, que la jurisprudencia ha señalado que compañera permanente es aquella que socorre, auxilia y apoya al pensionado.

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

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si las demandantes tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en calidad de compañeras permanentes del pensionado Guillermo Sanabria Parrales.

Está demostrado en el plenario y no es materia de discusión que: **i)** Guillermo Sanabria Parrales falleció el 24 de diciembre de 2012 (f.º 2) y, **ii)** ostentaba la calidad de pensionado, pues Colpensiones mediante Resolución n.º 3688 del 1º de enero de 2010, le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de julio de 2009.

Conviene precisar que la norma aplicable a efectos del reconocimiento pensional es la que se encuentra vigente para la fecha en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Así lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de justicia, entre otras, en sentencia SL10146-2017, reiterada en SL450-2018, en la que indicó:

*“Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido que la norma aplicable en materia de pensión de sobrevivientes es la que se encuentra vigente al momento del fallecimiento del afiliado o del pensionado, pues justamente este beneficio prestacional busca amparar o proteger al núcleo familiar del riesgo de muerte, de suerte que no puede remitirse el fallador a una normatividad posterior o futura, pues el artículo 16 del C.S.T. dispone expresamente que las normas del trabajo, al tener efecto general inmediato, no producen consecuencias retroactivas, es decir, no pueden afectar situaciones ya definidas o consumadas conforme a leyes anteriores”*

En el presente caso, Guillermo Sanabria Parrales falleció el 24 de diciembre de 2012, según consta en registro civil de folio 2, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en los artículos 46 y siguientes de la Ley 100 de 1993, modificado por los

artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, que señala en el literal a), que será beneficiario de la pensión de sobrevivientes en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante tenga 30 o más años de edad. En caso que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberán acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y que convivió con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.

Dispone el inciso 2º del literal de la norma en comento que, si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión, esta se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Al amparo de las anteriores reflexiones, pasa la Colegiatura a analizar si cada una de las demandantes en calidad de compañera permanentes acreditan la convivencia con el causante en los 5 años anteriores al deceso.

**1. De la convivencia con la demandante Luz Elvia Quintero Navarro. Expediente 32 2016 00513 00**

Al revisar el cuaderno correspondiente al proceso 32 2016 00513 00 se advierte que la apelante Luz Elvia Quintero Navarro, para demostrar la convivencia aportó registros civiles, que dan cuenta del nacimiento de Oscar Orlando, Germán Guillermo y James Alberto Sanabria Quintero, en la relación sostenida con el pensionado (f.º 38 a 40). Allegó declaraciones extrajuicio suscritas por la pareja el 1º de octubre de 2010 y el 8 de enero de 2011, ante notarias del círculo de Ibagué en las que manifiestan que desde hace 15 años conviven de manera ininterrumpida compartiendo, lecho, techo y mesa, que procrearon tres hijos, además que quien sostenía el hogar era Sanabria Parrales (f.º 42). Aportó declaración extra proceso suscrita por Flor Alba Méndez en la que dijo conocer a la pareja

conformada por la demandante y el causante desde hace 50 años, por ello, sabe que convivieron inicialmente entre 1962 y 1970, posteriormente, desde 1996 hasta cuando se produjo la muerte del causante (f.º 44 a 46).

También trajo al plenario comunicación adiada del 1º de octubre de 2010 dirigida al Instituto de Seguros Sociales en la que el causante informa como su beneficiaria de pensión a Luz Elvia Quintero (f.º 47); aportó tres fotografías en las que se muestra al parecer una celebración familiar, no obstante, no es posible extraer quienes son las personas allí retratadas, ni la época a la que corresponden las imágenes (f.º 49 y 50). Finalmente, obra documentos de la EPS Famisanar en los cuales consta que Guillermo Sanabria Parrales era cotizante cabeza de familia y que se registró como beneficiaria a Luz Elvia Quintero (f.º 51 a 53).

A solicitud de la demandante Luz Elvia Quintero Navarro, fueron decretados los testimonios de Jader Hernándo Rodríguez Isaza, Flor Alba Méndez y Margaret Rosero Vallejo. El primero, no se practicó como quiera que el deponente no se hizo presente en la hora y fecha señalada para adelantar la diligencia. **Flor Alba Méndez** dijo ser amiga de la accionante desde la infancia, se conocieron en una casa de inquilinato en la ciudad de Ibagué y estudiaron juntas en la escuela. Aseguró que la actora y el pensionado no estuvieron casados, pero convivieron desde 1962 por un largo periodo, luego, se separaron por un tiempo como de 15 años y después volvieron a vivir, sin embargo, no pudo especificar los periodos. También que el señor Sanabría Parrales murió en Ibagué en la Clínica Tolima a causa de la diabetes y la insuficiencia renal, aseguró que para esta época convivía con la demandante en el barrio Calambeo, no obstante, señaló que no sabía quién lo cuidaba y luego aseguró que su amiga se trasladó a Bogotá a atender al hijo James quien padece problemas de visión. Explicó que repartía el tiempo, dado que estaba en Ibagué y en Bogotá, donde tiene una casa la que arrienda. Afirmó que al final de la vida del pensionado estuvo muy enfermo y no sabe quién lo acompañó. Dijo que la demandante vivió con Edgar Melo 6 años con quien tuvo otros hijos de quienes no supo indicar sus edades.

La deponente **Edilma Margareth Rosero Vallejos** quien cuenta con 47 años de edad manifestó que la demandante es su suegra desde hace 29 años y la conoce hace 22 años, porque ella y el hijo de la accionante vivieron primero en el Putumayo, hace 20 años, viven en la ciudad de Ibagué y en los pueblos aledaños. Aseguró que es ese momento ella estaba separada de Don Guillermo, pero estaban pendiente el uno del otro, cuando conoció al causante, vivía en Ibagué en el barrio Malavar, en una pieza con la hermana – Ofelia Sanabria-, luego de un tiempo la pareja volvió, no obstante, no supo indicar la fecha, aunque afirmó: *“Don Guillermo habló con los hijos para que le hicieran el favor y le ayudaran con lo de la pensión porque él no tenía cotizado lo de la pensión, entonces entre Germán y Oscar que es mi esposo pagaron lo de la pensión, terminarle las cotizaciones que le faltaban , que él ya se sentía enfermo, pero de todas maneras a él le tocaba para un lado y para otro porque él tenía inconvenientes con la señora Lucy y donde fuera siempre lo seguían para una cuota alimentaria porque ella tenía hijos de él también, entonces, siempre estuvo escondiéndose”*.

Indicó que su suegro falleció el 24 de diciembre de 2012 a las 5:00 p.m. en la clínica, en compañía de una de las hijas que tenía con la señora Lucy, ese día su suegra no estaba presente porque tuvo que desplazarse a Bogotá 3 o 4 días antes, para atender a un hijo que perdió la visión. Relató que para el momento del deceso el causante vivía desde hacía 5 o 6 meses, en la casa de la señora Lucy, pero pagaba arriendo por una pieza de \$120.000, el dinero para tal fin le era proporcionado por sus dos hijos, quienes además le daban para la alimentación. Expuso que sus suegros convivían, él pagaba una pieza y ella estaba con él, además la demandante viajaba a Bogotá, sin indicar periodos.

La deponente también mencionó que su suegro padecía diabetes, cáncer y había perdido la visión, que él hizo una declaración extrajuicio, de la que ella fue testigo para dejarle la pensión a su suegra. Aseguró que cuando doña Luz viajaba a Bogotá le pagaban a una de las hijas de Lucy con lo de la pensión para que lo cuidara y por facilidad de ella se alquiló

una pieza en la casa de la señora Lucy. También expuso que su suegra tuvo otra relación en la que procreó dos hijos, pero aseguró no recordar el nombre del señor y no saber si convivió o no con él. Luego, dijo que en las celebraciones no compartían Lucy y Luz Elvia, pues tenían inconvenientes por ello, él celebraba a su cumpleaños en dos fechas. Señaló que Lucy tenía una relación con Jader con quien vendía artesanías y esa relación estaba vigente para cuando el causante falleció. Conviene señalar que la testigo de manera reiterada entró en contradicciones y manifestaba no recordar fechas y lugares con exactitud debido a que vivía en pueblos cercanos en el Tolima.

Ahora, al absolver interrogatorio de parte, Luz Elvia Quintero Navarro dijo que cuenta 71 años, tiene 5 hijos entre 54 y 37 años de edad, 3 de los cuales fueron procreados con el causante, los otros dos, fueron fruto de una relación que sostuvo entre 1973 y 1981 con Edgar Libardo Melo. Aseguró que en 1989 sus hijos se mudaron a la ciudad de Bogotá, por lo que empezó a viajar. Explicó que, para el 21 de octubre de 2010, trasladó los servicios de salud a Bogotá porque tiene un hijo con problemas de visión, a quien tenía que acompañar. Aseguró que, en 1996 retomó la relación sentimental y la convivencia con el pensionado con quien compartían reuniones familiares y sociales, las fechas especiales, pagaban arriendo en un lado y otro *“en Malavar, las terrazas del Tejar y por último se fue a vivir en un inquilinato en la carrera 8ª con 24”*.

Expuso que esta última dirección es la de la casa paterna de la señora Lucy en donde él fue a pagar arriendo y allí vivieron aproximadamente en el año 2011, la convivencia se mantuvo hasta el fallecimiento, ella lo acompañaba a sus citas médicas, quimioterapias y cuando ella viajaba a Bogotá sus hijos en común eran los que lo llevaban al médico. Esneila la hija de Lucy también hacía el favor y por ella es que vivía en la casa de Lucy para que pudiera estar pendiente, lo que facilitó que le quitara la plata de la pensión en una ocasión.

Además, indicó que no estaba con él todo el tiempo porque debía atender a un hijo en Bogotá que estaba enfermo y viajaba por máximo 5 días (luego señaló que su hijo tenía una compañera y no estuvo sólo y en su enfermedad, pero la esposa trabajaba y no lo podía acompañar). Que cuando estaba en Ibagué dormía en un colchón al lado del causante porque éste ya no controlaba esfínteres. Sostuvo que la relación con Lucy empezó como en 1970, no sabe cuándo se separaron, para el 1996 ya no estaban, ella le hizo la vida imposible, le quitó una casa y le salía a todas partes para la época en que él tuvo un taxi, su compañero decía que no quería ver a esa mujer. Precisó que sus hijos en común le pagaron mensualmente los 6 años que le hacían falta para alcanzar la pensión, aseguró que sus hijos no le exigieron que tuviera que dejarle la pensión a ella. Explicó que el 24 de diciembre de 2012, estaba en Ibagué con su hijo. Al ponerle el Juzgado de presente una fotografía del 24 de marzo de 2012, en el que se celebra el cumpleaños de la señora Lucy, señaló inicialmente que la persona que aparecía allí no era el causante, luego lo reconoció, pero dijo que estaba “*acabadito*” y señaló que para esa época él estaba muy enfermo, “*tirado en la cama*”. Manifestó no recordar la entidad financiera a través de la cual se recibía el pago de la mesada pensional.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, estima la Sala que la accionante Luz Elvia Quintero Navarro no cumple con la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no demostró como indicó en la demanda que la convivencia con Guillermo Sanabria se dio en los últimos cinco años anteriores al deceso.

Aunque acreditó ser su beneficiaria en salud, ni los documentos traídos al proceso y el dicho de los testigos conducen a la Sala a concluir que efectivamente después de haber terminado la relación en el año de 1971 y tener otra pareja en la que procreo otros hijos, haya constituido nuevamente una vida en familia con el señor Sanabria Parrales, con el ánimo de convivir, ayudarse y apoyarse mutuamente, pues conforme a su

dicho y de los testigos, se demuestra que la actora tenía fijada su residencia en la ciudad de Bogotá en donde recibía atención médica por parte de su EPS, pese a señaló que sus desplazamientos se daban esporádicamente y por poco tiempo, lo cierto es que no se demuestra tal circunstancia. En efecto, su nuera no manifestó información concreta, por el contrario, de forma reiterada manifestaba que no conocía el desarrollo temporal de ciertos hechos porque no residía en Ibagué sino en “*pueblos del Tolima*”. La testigo Flor Alba Méndez, tampoco indica o aporta mayores datos sobre la convivencia de la pareja, es más, no supo mostrar con precisión quien se ocupó del cuidado del causante en el último periodo de vida.

Con todo, resulta paradójico que la demandante señale que ella convivía con su compañero en una pieza arrendada en la casa de la también reclamante Lucy Ruíz y que ninguno de los testigos haya notado su presencia en este lugar, en el que ella aseguró dormía en el piso en un colchón para poder atender a su compañero. Además, cuando Luz Elvia Quintero absolvió interrogatorio de parte manifestó que Lucy Ruíz y el causante tuvieron muy mala relación, la testigo Edilma Margareth Rosero Vallejos dijo que ellas dos no compartían ninguna reunión al no soportarse, con lo cual no se explica el Tribunal como se sometió a vivir supuestamente en arriendo en una habitación de la casa de propiedad de esta persona.

En ese horizonte, resulta acertada la conclusión a la que arribó el juzgado de primera instancia al absolver a la demandada de reconocerle la pensión de sobrevivientes, por lo que la sentencia será confirmada en este punto.

## **2. De la convivencia con Lucy Ruíz. Expediente 01 2017 00049 01**

Pasa ahora la Sala a verificar si la también demandante Lucy Ruiz convivió con el causante en los 5 años anteriores a su deceso. Para tal fin, aportó copia de carné de afiliación al Instituto de Seguros Sociales

expedido en octubre de 1983, en la que aparece como beneficiaria del causante (f.º 196); certificados de afiliación expedidos el 26 de abril de 2016 por Cafesalud y el 24 de septiembre de 2018 por Medimas, en el que se indica que se encuentra afiliada al régimen subsidiado desde el 1º de abril de 2008 como cabeza de familia (f.º 197 y 198); certificado expedido por Medimas en el que se informa que Jader Hernando Rodríguez Isaza se encuentra vinculado desde el 17 de marzo de 2009 en el régimen contributivo (f.º 199); comprobantes de pago de las mesadas de mayo y septiembre de 2011, septiembre y noviembre de 2012 (f.º 203 a 205); fotografías en las que se indica que corresponden al cumpleaños del 2012 de la demandante y a otros eventos del año 1991 y 1993; documento emitido por la Unidad Renal del Tolima el 24 de septiembre de 2012, en el que se registra como dirección de residencia del causante la carrera 8 n.º 24-44 (f.º 243).

En el cuaderno correspondiente al proceso 01 2017 00049 01 adelantado en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué fue allegada declaraciones extra proceso suscritas por Norberta Sierra Muñoz y Mónica Patricia Méndez Tovar, en las que manifiestan que conocen a la demandante desde hace 18 y 10 años respectivamente, por lo que dan fe que desde el año 2006 convivió con el Guillermo Sanabria hasta el 24 de diciembre de 2012 cuando se produjo su deceso, que procrearon 4 hijos y que esta dependía de su compañero (f.º 41 y 42 cuaderno separado).

Ahora, a solicitud de Lucy Ruíz fueron decretados y practicados los testimonios de Mónica Patricia Méndez Tobar, Norberta Sierra y Ana Lucía Betancourt de García. La primera, manifestó ser amiga de Lucy desde hace 12 años, por lo que sabe que vive en la avenida 8 n.º 24 – 44 barrio el Carmen donde vende tintos. Señaló que al causante lo conoció hace como 6 años cuando lo llevaba ella o los hijos Nelson y Lidy a citas médicas al hospital donde ella trabaja, que está en frente de la casa donde ellos vivían. Advirtió que su amiga le comentó que eran pareja desde hacía 20 años y que entre los años 2006 a 2012 vio convivir a Lucy y Guillermo, pero luego dijo que no lo vio en el último año de vida, para después asegurar que los veía juntos, no obstante, no le constaba la intimidad del

hogar, sólo que habitaban en la misma casa, que una sola vez los visitó, les llevó una caja de tapabocas y una caja de guantes, no sabía quién sufragaba los gastos de alimentación. Refirió que veía que el señor vivía en esa casa, sin embargo, no puede asegurar que convivía como pareja con Lucy, pues no conocía los detalles de la relación, no sabe si compartían techo, lecho y mesa.

La deponente **Norberta Sierra Muñoz** adujo que un sobrino de Lucy Ruiz fue su esposo y así se hicieron amigas hace como 24 años. Dijo que no sabe si es casada o soltera, señaló que conoció a Guillermo Sanabria porque todos vivieron como 6 años en la casa de la mamá de Lucy que tenía varios apartamentos, ellos tuvieron cuatro hijos de nombres Esnelia, Wilson, Lidi y Wilson. Aseguró que la pareja primero convivió y luego se separó un tiempo, como 8 años y volvieron después como en el 2010 o 2012, pero después dijo que la pareja había vuelto como en el 2000 o en el 2008 *“algo así no sé”*. Sostuvo que a la casa de Lucy iban muchas amistades y que ella de pronto tuvo un *“noviecito”*, señaló que conoció a Jader, pero no sabe qué relación tenían. Dijo que el causante tuvo otros hijos y manifestó no conocer a Luz Elvia Quintero Navarro. Señaló que ella visitaba a la abuela de su esposo y allí también vivía Lucy, por eso mantenían contacto, después que falleció seguían en contacto y continuaron las visitas, incluso después que la testigo se separó del familiar de la demandante.

Por su parte, **Ana Lucía Betancourt** vive en Ibagué, no obstante, ha vivido en varias ciudades como Bogotá en la cual estuvo 5 años, tiene 60 años, trabaja en casas de familia y conoció a Lucy Ruiz porque sus hijos eran amigos. Dijo que se ve muy poco con su amiga, al mes 1 o 2 veces por lo que sabe que es separada, conoció al papá de los hijos una vez en un billar que él tenía hace aproximadamente 25 años, después de eso lo volvió a ver pocas veces, una de ellas cuando estaba hospitalizado en la Clínica Tolima, pero no recuerda en que tiempo, informó que en los 5 años anteriores al deceso del causante ella vivió en Bogotá. Expuso que supo que Jader fue amigo de los hijos de Lucy.

Al absolver interrogatorio de parte, **Lucy Ruiz** manifestó que su madre tenía una casa que arrendaba y el causante llegó a vivir allí con su madre y unas hermanas. Señaló que la convivencia con él inició el 8 de febrero de 1971 y terminó cuando el falleció viviendo en su casa en la 24 con octava, pero antes vivieron en otros lugares. Confesó que estuvieron separados como 8 meses y luego volvieron, sin embargo, después dijo que había sido por espacio de 1 año en el 2009, para luego corregir que la relación sentimental fue en el año 2000. Dijo que Jader fue sólo un amigo, tuvieron relaciones en el tiempo que se separó de Guillermo y no fueron pareja, explicó que, aunque aparece en una certificación de salud como compañera permanente de éste entre los años 2001 y 2012, ella nunca tuvo ese servicio sino por el “*Sisben*”.

Mencionó que fue beneficiaria de su compañero en salud durante mucho tiempo, incluso sus hijos nacieron amparados por este seguro y que los descendientes mayores del causante le terminaron de pagar unas semanas para que pudiera pensionarse con el fin que metiera a la mamá de ellos, Luz Elvia Quintero, al seguro y ella estuvo de acuerdo con eso, para que su compañero pudiera acceder a la pensión y tener con que vivir. Declaró que era ella quien lo llevaba a las diálisis, también colaboraba una hija de los dos y el hijo mayor de él - Oscar Sanabria -. Aseguró que Luz Elvia tan sólo fue en una oportunidad a visitarlo allá a su casa cuando ya estaba enfermo, no iba a visitarlo cuando estaba hospitalizado porque vivía en Bogotá.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, estima la Sala que la accionante Lucy Ruiz no cumplió con la carga 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 como lo indicó en la demanda, que la convivencia con el causante se extendió hasta el deceso, tampoco que dicha circunstancia se hubiere configurado en los 5 años anteriores a la muerte.

Es más, al absolver interrogatorio de parte confesó que tuvo una relación con otra persona si poder explicar con precisión en que época. En todo caso, su dicho resulta contrario a lo consignado en el escrito de contestación de demanda, en el que en el acápite de argumentos y fundamentos de la defensa indicó: *“Mi mandante señora LUCY RUIZ identificada con cedula 38.274.473 de Ibagué convivió e unión marital de hecho con el señor GUILLERMO SANABRIA PARRALES desde 1970 hasta 1991 y nuevamente desde el año 2006 hasta el 24 de diciembre de 2012 fecha de su fallecimiento...”*. Con lo cual es evidente que la accionante incurre en contradicciones. También mencionó que fue beneficiaria en salud del señor Jader Hernando Rodríguez Isaza desde el año 2001 hasta el 2012 y en la contestación de la demanda apenas se atina a decir que es parcialmente cierto el hecho, pues la fecha de afiliación si corresponde, pero no la de desafiliación, pues a partir del 1º de abril de 2008 el señor Rodríguez cotiza y está vinculado al régimen contributivo (f.º 181).

No pasa por alto la Sala que para el momento del deceso, el pensionado residía en la carrera 8 n. 24-44 - casa de propiedad de la accionante, pues así quedó consignado en la historia clínica, fue aceptado también por la demandante Luz Elvia Quintero Navarro y los testigos se refirieron a esta situación, no obstante, ninguno de ellos pudo dar cuenta que más allá de habitar bajo el mismo techo Lucy Ruíz y el causante convivieran como pareja con el ánimo de permanecer y constituir un hogar basado en la solidaridad, el apoyo y el cariño, dado que los testigos refirieron es que quien acompañaba a las citas médicas al difunto eran sus hijos, uno que manejaba un taxi y la otra que se ocupaba de su cuidado.

En consecuencia, tampoco la accionante Lucy Ruíz, logra acreditar los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivencia, especialmente el requisito de convivencia en los últimos 5 años al deceso, por lo que confirma la sentencia de primera instancia.

No se causan costas en la instancia.

**V. DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de julio de 2020.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 31 2020 00078 01.  
**DEMANDANTE:** DIANA DEL PILAR PÉREZ SÁNCHEZ  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de noviembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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

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

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

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

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

## I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes realizados a la cuenta de ahorro individual. A Colpensiones a recibir el traslado de recursos y registrarla como su afiliada. Igualmente, a las demandadas a reconocer y pagar 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 2 de mayo de 1967 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales en noviembre de 1987. En septiembre de 1994 se afilió al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. y el promotor del fondo privado no le brindó información completa, integral y veraz sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas. Adujo que en prima media su mesada pensional puede ser de tres salarios mínimos legales mensuales, mientras que en ahorro individual solamente será de uno. El 1º de agosto de 2019 solicitó a Colpensiones el cambio de régimen (f.º 3 a 8).

Al contestar la **AFP Porvenir S.A.** rechazó las suplicas. Respecto de los hechos, admitió únicamente los relacionados con la fecha de nacimiento de la accionante y la del traslado de régimen. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe, (f.º 39 expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la vinculación al ISS, el traslado de régimen y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación, 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, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 39 expediente digital).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de noviembre de 2020, declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad del dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o seguros, entre otros, los cuales deberán ser trasladados junto con sus rendimientos e intereses y demás frutos civiles A Colpensiones a recibirla como si nunca se hubiere trasladado. Condenó en costas a la AFP Porvenir S.A (f.º 38).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A., antes Horizonte 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 tomara una decisión informada. Consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación y que ha sido desarrollado jurisprudencialmente por la H. Corte Suprema de Justicia.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la demandada AFP Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la accionante no fue sometida fuerza o coerción para que suscribiera el formulario de afiliación, era una persona capaz y en pleno uso de sus facultades. Que la AFP cumplió con su deber de informarla, pues ella sabía que sus dineros irían a una cuenta

individual que podría ser heredable, por lo que no se evidencia ningún vicio del consentimiento. Sostuvo que para la época en que se dio el cambio la ley no establecía que debían realizarse proyecciones pensionales

Imploró revocar la sentencia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración y descuentos por seguros provisionales en la medida que ya fueron transferidos a un tercero que actuó de buena fe, por ende, no cuenta con dichas sumas actualmente. Preciso que estos conceptos monetarios son aplicables en ambos regímenes, es decir, si la demandante hubiese pertenecido o no hubiese decidido trasladarse de manera voluntaria como lo hizo al RAIS, igualmente se le hubiesen cobrado dichos conceptos, en esta medida no resulta material ni jurídicamente posible la devolución ordenada.

#### **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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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, STL3200-2020 y SL3050-2021. 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**

Sea lo primero señalar que la accionante no aportó copia de cédula de ciudadanía ni registro civil de nacimiento con el cual se pueda determinar su edad, lo que sí se pudo comprobar es que para el 1º de abril de 1994 contaba con 324 semanas cotizadas (f.º 39 expediente digital). 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 24 de septiembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 16), el cual se hizo efectivo el 1º de octubre de 1994, según certificación de folio 39, correspondiente al CD del expediente digital.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época en que se trasladó muchos asesores de los fondos visitaron el lugar en el que trabajaba para que se trasladara ya que era lo más

conveniente, pues manifestaban que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, pero no le dieron otro tipo de información suficiente y ella era muy joven. Confesó que no recibió ningún tipo de presión y que recibe extractos de su cuenta individual. Señaló que sólo hasta el 2018 se enteró que su pensión sería inferior en el RAIS a aquella que podría recibir 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, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, toda vez que el trasladarse porque el fondo público iba a desaparecer no es propio 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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

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

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

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

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

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

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

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

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

## VII. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 26 de noviembre de 2020, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** 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 31-2020-02078-01  
*Actuación de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: DIANA DEL PILAR PEREZ SANCHEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 031 2020 00078 01

**MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal 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 29 de abril de 2021 con decisión igual a la que se emite en el fallo de hoy 30 de julio 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; el fundamento jurisprudencial 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 voto<sup>1</sup>.*

*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 aquélla, 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 aprobada”<sup>2</sup>.*

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 29 de abril de 2021 se postergó hasta el 30 de julio 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 29 de abril 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 29 de abril de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Sentencia T-345 de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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