

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 009 2018 00638 02
DEMANDANTE: GLORIA LUZ SUAREZ MOYA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre 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 Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar las cotizaciones realizadas. A Colpensiones a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 2 de enero de 1981. Asimismo, a las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguro Social el 2 de enero de 1981 y cotizó 545,43 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 11 de

noviembre de 1999. Adujo que el promotor del fondo le informó que el Seguro Social se iba a acabar y no podría pensionarse, por el contrario, en Porvenir lo podía hacer a cualquier edad, pero no le explicó como pasaría no le ilustró sobre las desventajas del cambio. Finalmente, que le fue negada la solicitud de traslado (f.º 38 a 55).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al fondo, la petición de traslado y su respuesta. Manifiesto no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, la debida asesoría del fondo y las declarables oficiosamente (f.º 88 a 94).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la afiliación al ISS, las semanas cotizadas y la solicitud junto con su respuesta. Manifiesto no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, la imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media, la buena fe, la prescripción, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 101 a 112).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Porvenir S.A. realizado por la accionante el 11 de noviembre de 1999. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones el capital depositado, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración con cargo a sus propias utilidades. A Colpensiones a recibir todos los valores y

actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones e impuso condena en costas a cargo de Porvenir S.A. (f.º303 a 305).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que al momento del traslado ilustró a la demandante sobre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, pues en los términos explicados, por la H. Corte Suprema de Justicia no bastaba con la manifestación que quedo en el texto del formulario por lo que procede declarar la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, suplicó revocar la sentencia, pues en el acto del traslado no medio vicio del consentimiento alguno o dolo, la demandante no contaba con alguna expectativa legítima, no era beneficiaria al régimen de transición, por lo que debe someterse a los mandatos del RAIS. Expuso que la inconformidad respecto del monto de la mesada no es una razón válida para declarar la ineficacia del traslado.

La AFP **Porvenir S.A.** mencionó que cumplió con el deber de información a su cargo en los términos previstos en la ley para la época en que se dio el cambio, esto es, la suscripción voluntaria del formulario de afiliación y no pueden exigirse requisitos incorporados en normas posteriores. Expuso que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por disposición legal, sirvieron para retribuir la gestión de la AFP que generó rendimientos en la cuenta de la demandante, se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones y detrimento en el patrimonio de Porvenir. Finalmente, que es procedente declarar la prescripción.

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 albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y SL3050-2021).

Esse 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, accesos, 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 6 de junio de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y cotizó 249.67 semanas a Colpensiones (f.º 3 y 114). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 11 de noviembre de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 81), el que se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 2000 de conformidad con el reporte emitido por Asofondos (f.º 77).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado prestaba servicios al “*Banco de Bogotá*” allí asesores de Porvenir indicaron que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado que pertenecía al mismo grupo económico podría pensionarse con un monto mayor, a menor edad y que la prestación era heredable, pero no le explicaron cómo se cumplirían estos objetivos. Admitió que firmó voluntariamente el formulario de traslado que contenía datos básicos y que solo se acercó a las oficinas de la AFP a los 56 años cuando estaba próxima a pensionarse y empezó a escuchar que algunos compañeros de trabajo estaban inconformes con el monto que les estaban reconociendo como pensión de vejez.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 de junio 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 apelada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada
09-2018-638-02

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLORIA LUZ SUAREZ MOYA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 009 2018 00638 02

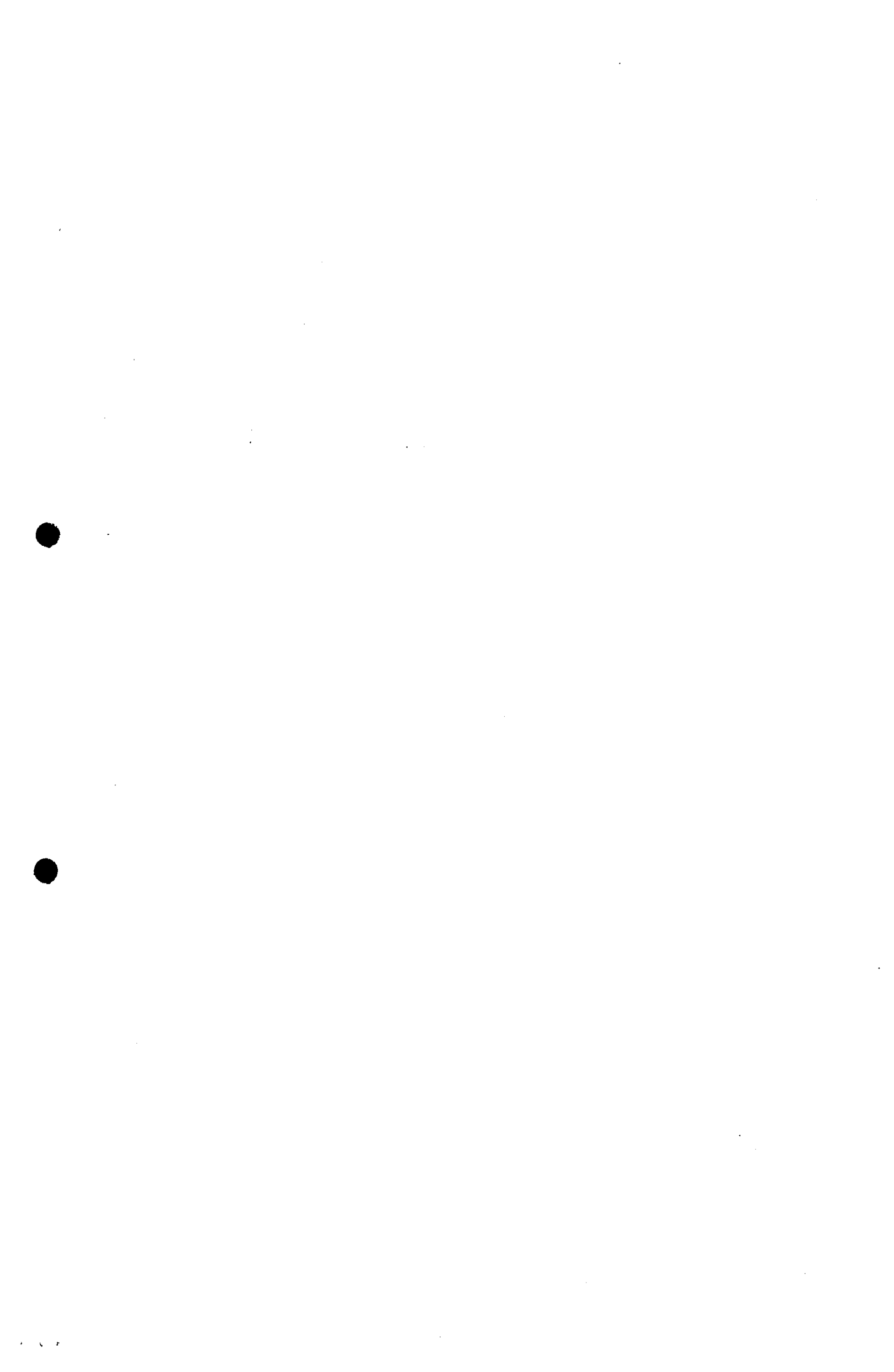
MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 027 2019 00587 01
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR VALENCIA CAMARGO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio 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 del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene su retorno automático a prima media y se disponga a Colpensiones reactivar la afiliación. Se ordene a Protección S.A. devolver los valores de la cuenta individual incluidos bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales del asegurado, frutos, intereses y rendimientos. A Colpensiones a reconocer y pagar debidamente indexada pensión de vejez de a partir del 8 de mayo de 2019, junto con los intereses moratorios. Asimismo, 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 8 de mayo de 1962 y cotizó 913 semanas al Instituto de Seguro Social desde diciembre de 1979. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. en octubre de 1997, porque el asesor la persuadió al indicarle que el Instituto de Seguro Social sería reformado y aumentaría los requisitos para pensionarse, entre tanto, el fondo privado tenía mayor solidez, estabilidad y mejores garantías, como pensionarse de forma anticipada y con un monto superior, pero no le explicó como sucedería, pues no la ilustró sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas, así como las implicaciones que conforme a sus circunstancias particulares le acarrearía el cambio. Refirió que conforme a proyección pensional su mesada en el régimen de ahorro individual sería de \$2'285.745 y en Colpensiones ascendería a \$4'239.554. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de retorno a prima media (f.º 4 a 19).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, afiliación al Instituto de Seguro Social, el número de semanas cotizadas, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifiesto no constarle los restantes. 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, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y las demás declarables oficiosamente (f.º 111 a 130).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Protección S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la data de nacimiento de la actora, la afiliación al fondo y la solicitud de retorno a prima media con su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará 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 y las demás declarables de oficio (f.º 136 a 150).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual administrado por la AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta individual como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima. Dispuso a Colpensiones a tenerla como válidamente afiliada, recibir las cotizaciones y reconocer la pensión de vejez a partir de la desafiliación del sistema la que deberá ser liquidada al amparo de los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 y pagada a razón de trece mesadas al año. Declaró no probadas las excepciones formuladas y condenó a la AFP Protección S.A. a pagar las costas del proceso (f.º 178 a 179).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Protección no demostró haber ilustrado a la accionante de forma completa y comprensible, al momento del traslado sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas y las implicaciones que conforme a sus circunstancias particulares acarrearía su decisión, por lo que en aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, **Colpensiones** imploró revocar la decisión por cuanto el traslado de régimen es válido ya que la parte accionante no demostró la configuración de vicios del consentimiento, por el contrario, se probó que el cambio fue un acto voluntario de la actora. Sostuvo que se encuentra incurso en una prohibición legal de regresar a prima media en razón de la edad y como quiera que lo aportes se realizaron a Protección se descapitalizaría el sistema. Finalmente, que la promotora labora actualmente, razón por la cual no es procedente reconocerle la pensión de vejez.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta y la apelación, 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).

Esse 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

(i) De la ineficacia del traslado.

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 8 de mayo de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años y 736.21 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 44 y 135 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 26 de septiembre de 1997, así se observa en el formulario de

afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º 76) el que se hizo efectivo a partir del 1º de noviembre de 1997 de conformidad con el reporte emitido por Asofondos (f.º 151).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante confesó que se retiró de forma voluntaria del Instituto de Seguro Social, no consultó con esta entidad sobre el cambio de régimen. Aseguró que para el momento del traslado asesores del fondo privado se presentaron a su lugar de trabajo realizaron una charla en la que manifestaron que el Instituto de Seguro Social se acabaría, los fondos lo sustituirían y continuarían con el tema de pensiones, además que podía heredar la pensión a su hijo sin importar la cambio de régimen, también que actualmente está vinculada laboralmente, continua cotizando y no ha solicitado a Protección que le reconozca la pensión.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que el fondo público estaba en liquidación o que la pensión se podía heredar no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de

vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

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

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

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

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

(ii) De la pensión de vejez

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

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 8 de mayo de 2019 (f.º 44) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (f.º 45 135 CD expediente administrativo), por lo que tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social, a partir del día siguiente a aquel en efectúe el último aporte en pensión, como quiera que al absolver interrogatorio de parte la demandante confesó que continúa vinculada laboralmente.

A efectos de liquidar la pensión Colpensiones deberá tomar en consideración el ingreso base de liquidación que resulte más favorable a la demandante en aplicación del artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, esta obligada a reconocer la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la prestación, en todo caso, como tercero de buena fe, no interviene en el acto del traslado.

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

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta y en la apelación ante su causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de junio de 2021, en el sentido de indicar que solo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, está obligada a reconocer la prestación de vejez.

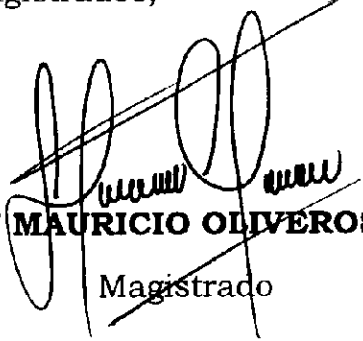
SEGUNDO: ADICIONAR de la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

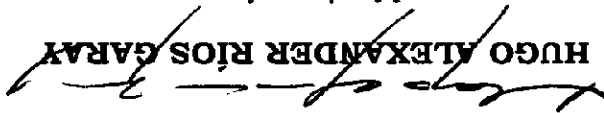
CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *celestración de rls*
027-2019-00587-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR VALENCIA CAMARGO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2019 00587 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 28 de octubre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 23 de noviembre 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, cumple 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 voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con 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”².

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 28 de octubre de 2021 se postergó hasta el 23 de noviembre 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 28 de octubre de 2021.

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de octubre 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.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA 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 028 2019 00556 01
DEMANDANTE: MAGDA PATRICIA ROMERO OTALVARO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 195, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES identificada con Cedula de ciudadanía No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA identificada con Cedula de ciudadanía número 1.037.639 y T.P. No. 288.820 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 0120 del 1° de febrero de 2021 (f.° 196 a 214).

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de abril de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

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



Porvenir S.A. y del posterior cambio a la AFP Skandia S.A. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordenen a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Asimismo, 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 8 de febrero de 1964 y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 7 de marzo de 1998, luego se cambió a la AFP Skandia el 8 de mayo de 2013. Adujo que el asesor del fondo no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen. Refirió que Porvenir S.A. le realizó simulación pensional según la cual la mesada en el RAIS sería de \$2'820.000, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$12'192.194. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (f.º 3 a 9).

Al contestar, la AFP **Skandia S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la data de traslado de régimen y la afiliación al fondo. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación; Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de 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 RAIS, la ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, la prescripción, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 65 a 74).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, únicamente admitió la solicitud de traslado a prima media. Manifestó no ser ciertos o no

constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 106 a 122).

Por su parte, **Colpensiones** rechazó las suplicas. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento de la accionante, la afiliación al Instituto de Seguro Social y la reclamación administrativa. Manifiesto no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 157 a 163).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizado por la accionante el 7 de marzo de 1998 y en consecuencia, declaró como válida la afiliación a prima media. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las administradoras demandadas (f.º 171 a 174).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. no acreditó haber ilustrado de manera clara, precisa y detallada al momento del traslado a la accionante sobre las consecuencias de su traslado al fondo privado, situación que constituye omisión en su deber de información, por lo que en aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la decisión, pues no es dable exigir a efectos de acreditar el deber de información, actuaciones que fueron incorporadas por la ley con posterioridad al traslado de la demandante, dado que esta no tiene efectos retroactivos. Sostuvo que la actora es profesional del derecho, por tanto, el desconocimiento de la ley no le sirve de excusa, además realizó traslados horizontales con lo cual ratificó su intención de permanecer en el RAIS. De otro lado, sostuvo que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, porque estas sumas fueron descontadas en virtud de la ley, compensaron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, mantuvieron cubierta a la accionante frente a los riesgos de invalidez y muerte y son susceptibles de ser afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción. Refirió que la intención de trasladarse está motivada únicamente en el monto de la mesada pensional.

Colpensiones, al apelar indicó que la voluntad de permanecer afiliada se perfeccionó con el paso del tiempo en que la actora no manifestó inconformidad alguna, por el contrario, realizó cambios horizontales entre AFP y realizó cotizaciones.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 8 de febrero de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y no tiene ninguna semana cotizada a Colpensiones (f.º 11 y 166 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello

ocurrió el 4 de marzo de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 13 y 132). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir del 1º de mayo de 1998 al 30 de abril de 2011; a Old Mutual, hoy Skandia del 1º de mayo de 2011 al 30 de junio de 2013 y a partir del 1º de julio de 2013 en adelante a Porvenir S.A (f.º 125).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado fue elegida como personera del Municipio de El Playón – Santander, allí se presentó una asesora que le indicó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar y que en el fondo privado podría acceder a una pensión mayor y de forma anticipada o retirar la totalidad del dinero. Admitió que se trasladó entre administradoras del RAIS porque cada una ofrecía mejor servicio y rentabilidad. Confesó que pretende retornar a prima media por el monto de la pensión, pues la diferencia entre lo que puede reconocer Colpensiones y lo que ofrece la AFP es *“abismal”*.

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 por la referencia que el fondo público estaba en liquidación, 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 afiliada deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de abril de 2021, la sentencia analizada, en el sentido de condenar a la AFP Skandia S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración.

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MAGDA PATRICIA ROMERO OTALVARO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2019 00556 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 031 2019 00734 01
DEMANDANTE: LUZ MARINA BUITRAGO RINCÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de abril 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 o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual. Asimismo, 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 19 de junio de 1966 y cotizó al Instituto de Seguro Social desde 1993. Indicó que su empleadora Procesadora de Leches S.A. la afilió al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. en 1997. Adujo que el fondo no le ilustró sobre las características de los regímenes, sus ventajas y desventajas, tampoco sobre las consecuencias que el cambio le acarrearía Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (f.º 27 a 35).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el natalicio de la actora, la afiliación a prima media y el traslado al RAIS, también la reclamación y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 42 a 57).

Por su parte, la **AFP Protección S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante, la solicitud de retorno a prima media y su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los

recursos públicos y del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la 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 declare la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 65 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de abril de 2021, denegó las pretensiones incoadas por la demandante. Dispuso tenerla como válidamente afiliada al régimen de ahorro individual. Condenó a la parte actora al pago de costas y agencias en derecho (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que el traslado de régimen se realizó en cumplimiento de la totalidad de presupuestos legales y jurisprudenciales exigidos para la época del traslado. Además, encontró que la actora fue asesorada en repetidas oportunidades, pues actualizó datos, suscribió historia laboral para trámite de pensión, y oportunamente la AFP le indicó que le convenía trasladarse al ISS; sin embargo, ella actuó de forma negligente y radicó la solicitud correspondiente ante Colpensiones de forma extemporánea. Señaló que la actora mintió, dado que indicó que el empleador la trasladó, pero los testigos, representantes de la empresa manifestaron que los trabajadores podían escoger libremente y que solo facilitaba el ingreso de los asesores de los distintos fondos quienes ofrecían su producto. En consecuencia, determinó que la AFP Protección cumplió con el deber de información a su cargo, por lo que no es procedente declarar la ineficacia deprecada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandante imploró revocar la decisión al argumentar que el Juzgado tomó en consideración el dicho de testigos de oídas que no estuvieron presentes al momento del traslado y, por tanto, no les consta lo

que allí sucedió. Sostuvo que la firma en el formulario de vinculación no es prueba del consentimiento informado, tampoco la suscripción de una historia laboral para trámite de bono o la actualización de datos del 2010 o la entrevista del año 2013, demuestran que la promotora fue asesorada por la AFP. Indicó que contrario a lo referido en la sentencia, la actora nunca manifestó que la obligaron a firmar el formulario de cambio de régimen, lo que adujo es que no intervino un asesor en el trámite.

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 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 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 de la demandante, prevé 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).

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 19 de junio de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 27 años y 63,53 semanas cotizadas a Colpensiones (expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 17 de julio de 1997, así se colige en el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. El que se hizo efectivo el 1º de agosto de 1997 conforme al reporte emitido por Asofondos (expediente digital (expediente digital)).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado trabajaba en *“Proleche”*, empresa que realizó el cambio masivo de los trabajadores a Protección, sin que mediara su consentimiento *“el empleador ordenaba y nosotros cumplíamos”*. Aseguró que de Medellín les enviaron los formularios a la planta de Chía y el trámite se hizo con la empresa, pero no medió intervención de algún asesor o promotor del fondo privado. Expuso que empezó a recibir extractos en el 2019, anualidad en la que se acercó a una oficina de Protección a buscar información y realizó una actualización de datos, en esta oportunidad, se enteró de cuál sería el monto de su mesada pensional y admitió que este es el motivo por el cual desea trasladarse a prima media. Indicó que el 8 de junio de 2013 contaba con 46 años de edad, ese día fue visitada por una asesora de la AFP en dos minutos y le dijo que ya no podía trasladarse a Colpensiones porque le faltaba una semana para cumplir 47 años y le creyó, reiteró que sólo hasta el 2019 recibió asesoría, sin embargo, después se le puso de presente documento del 19 de junio de

2013 emitido por Colpensiones en la que se le informa que su solicitud de traslado no fue aceptada, señaló no saber si recibió esa comunicación.

Luego de practicar el interrogatorio de parte, el Juzgado de oficio ordenó comparecer al Representante Legal y al Jefe de Personal de Proleche. Mauricio Jhonson Muñoz Representante Legal y Fernando Méndez Cuy Gerente de Administración de Personal comparecieron a audiencia surtida el 13 de abril de 2021. El primero manifestó no conocer a la accionante, pero saber que fue trabajadora del Proleche “*hace muchos años*”. Narro que la política de la empresa siempre ha sido la libertad de escogencia de los trabajadores de su fondo de pensiones y de cesantías. También que la empresa ha tenido relación administrativa con Protección para la vinculación de los trabajadores y el pago mensual igual a la de cualquier otro fondo. Dijo que no tiene conocimiento si en el año 1997 de Medellín a Chía se enviaron formularios para que los trabajadores se afiliaran, indicó que lo que entiende, pero no le consta, es que los fondos instalaban carteleras y ofrecían sus productos, los trabajadores se acercaban y decidían a que fondo vincularse.

Fernando Méndez Cuy adujo no conocer a la demandante, sin embargo, sabe que trabajó Proleche. Relató que para la época en que la actora se trasladó no estaba vinculado con la empresa, pero desde que ingresó sabe que la política de la compañía está orientada a que los trabajadores elijan libremente el fondo de pensión al que quieran cotizar, por ello, permiten el acceso de los fondos para que ofrezcan su producto, sin estar presente en ese momento.

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

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse sin la intervención de un promotor del fondo privado y por gestión del empleador, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional en armonía con las condiciones particulares ostentadas por la actora al momento del traslado. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020). Conviene precisar que en el asunto puesto en consideración de la Sala la AFP admitió que ni siquiera cuenta con el formulario de afiliación.

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.

Ahora bien, aunque existe evidencia que la actora actualizó datos, realizó alguna gestión de validación de su historia laboral y que tiempo después sostuvo una reunión con una asesora de la AFP, días antes de cumplir 57 años de edad, ello en manera alguna suple la obligación que tenía la AFP de brindarle información clara, completa y comprensible sobre las características de cada régimen sus ventajas y desventajas al momento del traslado. Tampoco el dicho de los testigos sirve para acreditar tal circunstancia, como quiera que no estuvieron presentes en el momento en que la promotora suscribió el formulario de afiliación, al no estar vinculados a la empresa para la época, por ello, no pueden aportar

elementos de juicio que permitan establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo el cambio de régimen.

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

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por 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 ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de la AFP Protección S.A.

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 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 13 de abril 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 Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, los gastos de administración debidamente indexados y los rendimientos financieros.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de los fondos de pensiones involucrados y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

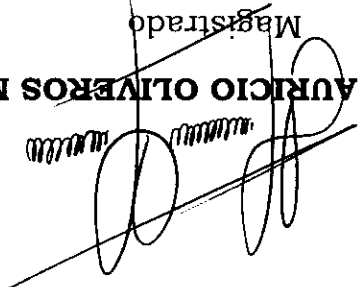
CUARTO: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo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

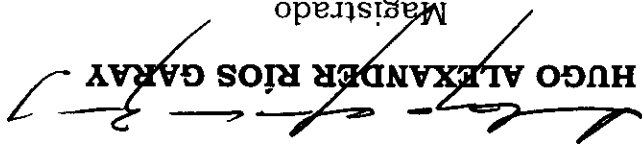
QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELLA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada *Relevarme de voto*

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MARINA BUITRAGO RINCÓN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN 11001 31 05 031 2019 00734 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

En primer lugar, la ponencia que se presentó a la Sala el 29 de julio de 2021, no revocaba la decisión de primera instancia, sino que por el contrario se confirmó dado que se consideró que los fondos de pensiones si cumplieron con la obligación de suministrar información a la demandante. de tal manera que la falta de concordancia que se indica como advertencia en la sentencia mayoritaria no atiende al documento presentado como ponencia.

En la ponencia se expuso que “Del dicho de la demandante en el interrogatorio de parte se advierte que la actora afirma que por una orden de su entonces empleador Proleche tuvo que suscribir el formulario de afiliación al RAIS con el fondo privado Protección S.A. afirmación ante la cual la Juez de primera Instancia decretó los testimonios del jefe de personal y representante legal de Proleche quienes acudieron al llamado del juzgado y en audiencia del 13 de abril de 2021 se recibieron sus testimonios.

El Representante legal de Proleche, quien se identificó como Mauricio Johnson, informó ante la Juez de primera instancia que no conoce a la demandante, que sabe que fue una trabajadora de Proleche hace muchos años; en cuanto a las políticas vigentes en Proleche para la época de 1997 en lo que tiene que ver con la afiliación de sus trabajadores al sistema general de seguridad social en pensión indicó que sabe que se sustenta en la libertad de escogencia de los trabajadores a los fondos de pensiones y cesantías que ellos se quieran vincular; aseveró que el único vínculo que Protección tiene con la empresa que representa se refiere a la gestión administrativa para la vinculación de trabajadores a esa AFP y el pago correspondiente a los aportes, precisó que esa relación administrativa

también la tiene Proleche con COLPENSIONES y otros fondos privados conforme la elección del trabajador; aclaró que no existe ningún tipo de afinidad de Proleche respecto de Protección S.A. y que no tiene conocimiento de que en algún momento Proleche haya interferido de forma alguna en la decisión de los trabajadores respecto al régimen de pensiones al que quieren vincularse.

Indicó que tuvo conocimiento de que en 1997 varios ejecutivos de fondos privados solicitaron unos espacios al interior de la empresa para dar a conocer el entonces nuevo régimen pensional que para esa data estaba incursionando en Colombia; afirmó que Proleche en ese entonces les permitió colocar pancartas con el logotipo de cada fondo y dar charlas a los trabajadores para que conocieran el nuevo régimen, pero precisó que no sabe si en la planta de Chia se dieron esos espacios.

Por otro lado, el señor Fernando Méndez Cuy jefe de personal de Proleche indicó que en 1997 no laboraba en Proleche, pero que sabe que las políticas que la empresa ha manejado es que el trabajador es quien tiene la libertad de escoger el régimen pensional al que se quiere adherir y la EPS a la que se quiere afiliar.

Afirmó que la compañía les ha dado libertad a las AFP administradoras del RAS para visitar a los trabajadores de Proleche y ofrecerles la posibilidad de afiliarse a dichos fondos privados previa asesoría a los empleados; indicó que en la planta de Chia esta vigente dicha política y que no existe ningún tipo de relación privilegiada o de preferencia con Protección S.A.

Advierte ... una vez escuchados los testimonios decretados de oficio por la a quo no se aportaron mayores insumos respecto a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se realizó la vinculación de la demandante con Protección S.A., pues, los mismos testigos enfatizaron que para 1997 no estaban presentes en la empresa y específicamente en la planta de Chia y que solo conocen que la demandante fue trabajadora de esa empresa por los registros que obran en la empresa; lo único que se pudo determinar del dicho de los testigos es que Proleche tiene como política respetar la voluntad de sus trabajadores al momento de realizar su elección de régimen y fondo pensional al que quieren afiliarse.

Teniendo en cuenta entonces el problema jurídico señalado y lo argumentado por la señora demandante debe precisarse ... que para determinar la ocurrencia o no de vicios del consentimiento y una vez revisadas las pruebas aportadas, ... considera procedente remitirse al artículo 1508 del C.C. y al comparar esas definiciones con los diferentes

elementos de prueba que obran en el expediente se deduce que se alega la existencia de un error de hecho fundado en el engaño porque la demandante asegura que se vinculó al RAIS en cumplimiento de una orden del empleador sin que se le proporcionara una información, clara, completa y cierta, pero de conformidad a la definición este tipo de error se configura cuando el consentimiento recae sobre la especie de un acto o contrato que se ejecuta diferente al que se pretendió.

De lo expuesto en el interrogatorio y al revisar los elementos de juicio aportados, se deduce que la demandante seleccionó como régimen pensional el RAIS y por ello se vinculó a la AFP Protección S.A., de manera voluntaria y libre de presiones, por lo que se desvirtúa la existencia del error de hecho o el presunto engaño, máxime cuando la demandante aseguró en su interrogatorio no haber conocido que existiera por parte de su entonces empleadora algún tipo de sanción hacia un trabajador que no se hubiese vinculado a Protección aunado al hecho de que la demandante nunca solicitó a la AFP el suministro de algún tipo de asesoría sino sólo después de transcurridos más de 20 años”.

En ese orden de ideas, la decisión del demandante de trasladarse no fue por la falta de información que dé lugar a la ineficacia o inexistencia o nulidad del acto administrativo.

Así las cosas, fácil resulta concluir que los fondos de pensiones cumplieron con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia 65791 de 2019 que reiteró lo dicho en la SL 31989 de 2008: *“las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”*

En este punto, conviene señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la asesoría de forma verbal como le fue entregada a la demandante, pero si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, es lo cierto que además de la información suministrada de manera oral, el fondo también realizó una proyección sobre el futuro pensional de la actora,

lo que sin lugar a dudas permite colegir que en el presente caso si existió la información.

Por lo anterior y los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso en concreto había lugar a confirmar la decisión de primera instancia.

Angela Lucia Muriello Varón
ANGELA LUCIA MURIELLO VARÓN
Magistrada.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 031 2020 00228 01
DEMANDANTE: JULIO CESAR GUZMAN CASTAÑEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTIAS.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre 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 Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de abril 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

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que es beneficiario del régimen de transición y puede regresar a prima media por cumplir con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010 al contar con más de 750 semanas cotizadas al 30 de junio de 1995. Declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. trasladar los aportes y rendimientos de la cuenta individual. Se disponga a Colpensiones recibirlo, activar la afiliación y reconocer la pensión de vejez desde el 30 de julio de 2012 en aplicación del Decreto 758 de 1990 y pagar las mesadas a partir del 26 de noviembre de 2019, junto con los intereses moratorios. Asimismo, a las demandadas a 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 30 de julio de 1952 y prestó servicios a entidades del sector público y privado desde el 16 de noviembre de 1972 hasta el 17 de abril de 1997, cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 28 de julio de 1975. Adujo que para el 30 de junio de 1995 fecha en que entró en vigencia el sistema general de pensiones en la entidad pública a la que prestaba servicios, contaba con más de 40 años y 750 semanas cotizadas. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. el 1º de octubre de 2002. Indicó que el fondo omitió brindarle la información suficiente, adecuada y completa de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen. Finalmente, que las demandadas le negaron el traslado de régimen (expediente digital).

Al contestar, la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la afiliación al fondo. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de nulidad alguna, prescripción de la acción

para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, la compensación y pago, el saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, la ausencia de vicios del consentimiento, la obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y las declaraciones officiosamente. (expediente digital).

Al dar respuesta, **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natus del actor, los periodos cotizados al Instituto de Seguro Social, el tiempo cotizado, la afiliación al fondo privado y las solicitudes con su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, el saneamiento de la nulidad alegada, la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, la buena fe y las demás declarables officiosamente (f expediente digital)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de mayo de 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Impuso condena en costas a cargo del accionante (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que el accionante no cumple con los requisitos previstos en la sentencia SU 062 de 2010 para retornar en cualquier tiempo a prima media, se logró demostrar que se le brindó información sobre las características de los regímenes pensionales y las implicaciones del cambio, así como que a pesar de ser abogado tomó la decisión de trasladarse de forma voluntaria en una época en que la Ley 100 de 1993 llevaba más de 9 de vigencia y aun realiza cotizaciones, por lo que no es posible declarar la ineficacia de afiliación al RAIS.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró revocar la sentencia al argumentar que no está probado que al momento del traslado el fondo privado le haya brindado información completa, clara y oportuna sobre las características del RAIS, pues el formulario de afiliación suscrito no es demostrativo de tal hecho. De otro lado, señaló que es beneficiario del régimen de transición y que los jueces deben atender el precedente jurisprudencial.

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

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

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

(i) De la ineficacia del traslado

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 30 de julio de 1952, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 41 años y 242,29 semanas cotizadas a Colpensiones (expediente digital) Así las cosas, el actor es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 26 de agosto de 2002, pues así se observa en formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital), el que se hizo efectivo el 1º de octubre de 2002 conforme reporte emitido por Asofondos (expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte, el accionante manifestó ser abogado desde 1986 y defensor público hace 16 años, cotiza como independiente a Colpensiones porque esta entidad le envió una carta en la que le dieron la bienvenida, aunque admitió que luego mediante Resolución SUB 153804 del 24 de julio de 2020, le fue negada la pensión e informado que Colpensiones no era competente para resolver la petición por encontrarse afiliado a Colfondos. Refirió que se trasladó al RAIS por la publicidad y propaganda que hicieron los fondos privados, pero no recibió ningún tipo de información, se limitó a proporcionar su información personal y la de su grupo familiar. Admitió que realizó aportes voluntarios, pero explicó que lo hizo para demostrar el pago de la obligación en los diferentes contratos. Aseguró que se acercó al fondo a solicitar información y allí le indicaron que el Seguro Social se iba a liquidar. Aceptó que a

liquidar. Aceptó que pretende el traslado de régimen porque el fondo privado le ofrece como pensión un salario mínimo.

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

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

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

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

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

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

(iii) De la acumulación de tiempos públicos y privados

Frente a la posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, implorado por la demandante a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, es dable afirmar que la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia permite esta posibilidad.

Sobre el particular, la máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL947-2020 recogió el criterio que negaba la posibilidad de sumar servicios cotizados o no a otras cajas del sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, como quiera que así lo permite el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de

1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social. Al respecto la citada sentencia puntualizó:

“No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público,

cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el párrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que estas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultractiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantiza fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de

1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (...).

En esa misma línea pensamiento, se verifica también la sentencia SL1981-2020, que ratifica esa posición jurisprudencial y ahonda en argumentos, para señalar que:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

Línea jurisprudencial reiterada, entre otras, en sentencias CSJ SL2523-2020, CSJ SL2557-2020, CSJ SL2659-2020, CSJ SL3220-2020, CSJ SL3354-2020, CSJ SL 4529-2020, CSJ SL5181-2020, CSJ SL182-2021, CSJ SL485-2021 y CSJ SL1067-2021.

Al amparo de las anteriores reglas jurisprudenciales, es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó el promotor del

juicio a otras cajas de previsión del sector público con las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990. En este orden de ideas, la Sala procede a verificar si la actora es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por consiguiente, si Colpensiones está obligado a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

(iii) De la pensión de vejez.

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

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

En el presente caso, la demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para la entrada en vigor tenía más de 40 años, como quiera que nació el 30 de julio de 1952 (expediente digital), lo que permite inferir también que cumplió 60 años el 30 de julio de 2012, esto es, después del 31 de julio de 2010. Ahora, en cuanto a las cotizaciones, al revisar el reporte de semanas allegado por Colpensiones y la Resolución SUB 158304 del 24 de julio de 2020 se verifica que al 25 de julio de 2005 el accionante contaba con más de 850 semanas cotizadas (expediente digital). En esas condiciones, el

régimen de transición para el demandante se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Determinado que es beneficiario del régimen de transición, la Sala concluye que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues con anterioridad al 31 de diciembre de 2014, acreditó más de 1.000 semanas cotizadas según se desprende del reporte allegado por Colfondos (expediente digital), la historia laboral generada por Colpensiones y la Resolución SUB 158304 del 24 de julio de 2020, con los cuales se concluye que acredita 1.655 semanas, sumados los periodos cotizados a esta entidad y los tiempos de servicios prestados al Ejército Nacional desde el 16 de noviembre de 1972 al 30 de septiembre de 1974, así como a la Beneficencia de Cundinamarca a partir del 1º de marzo de 1978 hasta el 12 de noviembre de 1985.

Ahora, según confesó el accionante al absolver interrogatorio de parte en la actualidad continúa cotizando, pues se encuentra vinculado como abogado a la Defensoría del Pueblo. En consecuencia, el Tribunal no tiene certeza si con posterioridad el promotor del juicio continuó con aportes, razón por la cual no es posible determinar la fecha a partir de la cual debe otorgarse la prestación y tampoco establecer el ingreso base de liquidación para establecer el monto de la mesada.

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

De otro lado, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, está

obligada a pagar la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la prestación, en todo caso, como tercero de buena fe, no intervino en el acto del traslado.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, esta Colegiatura dispondrá que Colpensiones reconozca la pensión de vejez, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, una vez reciba el traslado efectivo de las sumas depositadas en la cuenta de ahorro individual más las sumas descontadas por concepto de gastos de administración. Además, se declara que esta entidad bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

Sin costas en la apelación ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada Colfondos.

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 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de mayo de 2021, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de los fondos de pensiones involucrados y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

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

QUINTO: DECLARAR que sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual y los gastos de administración, está obligada a reconocer la prestación de vejez.

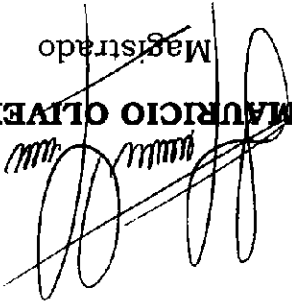
DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

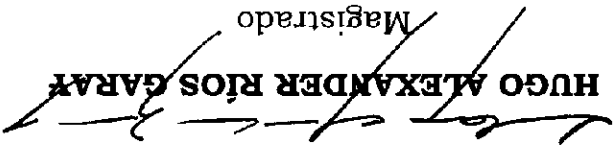
SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELLA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada Adjunta de Corte
031-2020-00228-01

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



SALVAMENTO DE VOTO

DEMANDANTE: JULIO CESAR GUZMAN CASTAÑEDA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN 11001 31 05 031 2020 00228 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

En primer lugar, la ponencia que se presentó a la Sala el 31 de agosto de 2021, no revocaba la decisión de primera instancia, sino que por el contrario se confirmó dado que se consideró que los fondos de pensiones si cumplieron con la obligación de suministrar información a la demandante. de tal manera que la falta de concordancia que se indica como advertencia en la sentencia mayoritaria no atiende al documento presentado como ponencia.

En la ponencia se expuso que “En ese orden de ideas, la falta de información que se alega en la demanda se desvirtúa en el presente proceso con el interrogatorio expuesto por el demandante; nótese como señala no una sino varias veces durante la diligencia que efectuó aportes voluntarios para cumplir con esa obligación, aportes que realizó durante más de trece años, por lo que se puede concluir que el señor Julio César Guzmán tenía claro cuál era el concepto y destinación de dichos aportes con la conducta desplegada durante tantos años.

Aunado a ello, indica que se dirigía constantemente a la oficina de Colfondos que quedaba en la “57 con 13” para averiguar respecto de su situación pensional, aspecto que indica que tenía conocimiento de las condiciones pensionales que en su caso se estaban dando.

Además, según su mismo dicho, tuvo amplio conocimiento del funcionamiento de los Fondos Privados pues afirma al inicio de su declaración que la propaganda e información que obtuvo lo fue por la

cantidad de propagando radial y audiovisual que se presentó en el momento del traslado”.

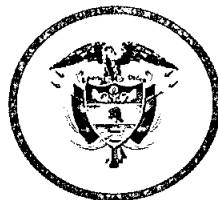
En ese orden de ideas, la decisión del demandante de trasladarse no fue por la falta de información que de lugar a la ineficacia o inexistencia o nulidad del acto administrativo.

Así las cosas, fácil resulta concluir que los fondos de pensiones cumplieron con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia 65791 de 2019 que reiteró lo dicho en la SL 31989 de 2008: “las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales”

En este punto, conviene señalar que para el momento del traslado no se había expedido la Ley 1328 de 2009 que consagra unas formas particulares de entregar la información a los posibles afiliados, por lo que no es dable realizar una exigencia documental sobre la información específica y precisa entregada al interesado, máxime que las normas vigentes para la época del traslado no prohibían la ascesoria de forma verbal como le fue entregada a la demandante, pero si en gracia de discusión se pasara por alto esa situación, es lo cierto que además de la información suministrada de manera oral, el fondo también realizó una proyección sobre el futuro pensional de la actora, lo que sin lugar a dudas permite colegir que en el presente caso si existió la información.

Por lo anterior y los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso en concreto había lugar a confirmar la decisión de primera instancia.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 033 2019 00091 01
DEMANDANTE: RUTH NOHEMY ACUÑA PRIETO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de junio 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 del traslado con la AFP Porvenir S.A. y no surta efecto alguno el mismo. En consecuencia, se declare que no existió solución de continuidad en la permanencia como afiliada al Instituto de Seguros Sociales. Se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores, tales como los aportes obligatorios y voluntarios, con sus rendimientos, intereses, bono pensional y gastos de administración. Se ordene a Colpensiones aceptar la afiliación de la demandante.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Seguro Social el 22 de julio de 1991 y cotizó 377 semanas. Adujo que el 1º de mayo de 2003 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Porvenir S.A. Indicó que los asesores le informaron que el Instituto de Seguro Social estaba en quiebra y no le brindaron información transparente, cierta, suficiente y oportuna de cuáles eran las ventajas y desventajas del régimen. La AFP realizó proyección pensional cuyo monto de su mesada sería \$843.000, mientras que en Colpensiones aumentaría a \$1.598.569. Finalmente, que solicitó la nulidad de traslado, lo cual fue negado. (f.º 3 a 15).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de traslado de régimen, la petición y su respuesta. Manifiesto no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de nulidad de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio. (f.º 52 a 64).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al régimen. Manifiesto no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y las declarables de oficio. (f.º 98 a 119).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. Declaró que la actora se encuentra efectivamente afiliada al régimen de prima media. En consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual junto con los intereses, rendimientos y cuotas de administración. Asimismo, ordenó a Colpensiones, recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la demandante. Dispuso a Porvenir S.A. el traslado de las cuotas de administración a cargo de su propio patrimonio y conmina a Colpensiones a efectos a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó a la AFP Porvenir S.A. pagar las costas del proceso (f.º 130 a 133).

Como sustento de su decisión, señaló que no se puede indilgar la omisión a la demandante de buscar información de cuál era la situación que más le favorecía en uno u otro régimen. Advirtió que del formulario no se deduce el cumplimiento del deber de información. No se acreditó dentro del expediente el deber de diligencia que correspondía al fondo de pensiones. Finalmente, que el simple hecho de recibir extractos de manera periódica no conlleva a que se convalide un acto jurídico o se convalide una supuesta intención de mantenerse en el régimen de ahorro individual.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia dado que no le era obligatorio brindar la información, ya que tenía como única exigencia que el afiliado manifestara su voluntad bajo el diligenciamiento del formulario, de manera que cumplió con la totalidad de obligación a su cargo. Además, que la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual ha sido una decisión libre y voluntaria. Indicó que tampoco se dio por vicios en el consentimiento, ya que se brindó información clara y

oportuna donde le informó ampliamente sobre las implicaciones y sobre el funcionamiento del régimen de ahorro individual. Finalmente, que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues dichos rubros no forman parte integral de la pensión y están sujetos a la prescripción.

A su turno, **Colpensiones** replicó que en la demandante recae en la prohibición legal de retorno de régimen, además que no se demostró un vicio del consentimiento, ni se presentó coerción para dicha afiliación. Adujo que si bien la AFP debía brindar información completa y veraz, la demandante también debía cumplir con el deber de informarse acerca de cada régimen. En caso de confirmar la providencia, solicitó se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones, previo a la devolución de las sumas sobrantes en la cuenta de ahorro individual, como son cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, más las cuotas y gastos de administración a que hubiere lugar.

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 también 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).

Esse 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 7 de agosto de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 81,71 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 39 y 66). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y 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 28 marzo de 2003, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 120).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que mientras trabajaba en la Universidad Jorge Tadeo en el área de humanidades, llegó un asesor de Porvenir y le dijo que no estaba interesada, pero luego volvió el mismo asesor, así sucesivamente por varios días, hasta que un día le señaló que era la única que faltaba para cambiarse régimen, por lo que se afectaría su futuro, ya que el seguro

social estaba en una crisis. Precisó que asesor tomó los datos personales y la afilió. Adujo que no leyó el formulario y no se le informó, que era un fondo de ahorro individual. Confesó que ha realizado aportes voluntarios porque ha tenido contratos cortos y para que le pagaran tenía que demostrar que aportó. Reiteró que no le informaron sobre las ventajas y desventajas del traslado, solo le dijeron que si se mantenía en el Seguridad Social iba a tener problemas y pasarse a Porvenir era la mejor elección.

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 traslado a un régimen por la referencia que el fondo público desaparecería, 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, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de junio de 2021, la sentencia analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada
abogada de varón

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: RUTH NOHEMY ACUÑA PRIETO

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 033 2019 00091 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional contenida en la sentencia de primera instancia, 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 28 de septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 23 de noviembre de 2021, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia del traslado contenida en 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 voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con aquella, según hubiere quedado planteado a partir de su voto negativo. Cabe agregar que resulta posible expresar un salvamento parcial, en aquellos casos en los que exista disenso solo frente a una parte de lo decidido, o simplemente salvamento (que en tal medida se asumiría como total) cuando quiera que no se comparta ninguna de las decisiones incorporadas en la providencia así aprobada”².

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 28 de septiembre de 2021 se postergó hasta el 23 de noviembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la

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

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

decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de septiembre de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es igual a la presentada en la ponencia de 28 de septiembre 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.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2020 00053 01
DEMANDANTE: MARÍA YOLANDA PINZÓN MOYA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre 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 12 de abril de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y válidamente afiliada a prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, entre otros. A Colpensiones a registrar, activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Asimismo, a las demandadas a 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 26 de octubre de 1962 y cotizó al Instituto de Seguro Social, así como a la Caja de Previsión Social del Distrito 255.83 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 5 de noviembre de 2002. Señaló que no fue informada sobre las características de cada régimen pensional, sus ventajas y desventajas y las implicaciones del traslado en su futuro pensional. Finalmente, que las demandas negaron la solicitud de retorno a prima media (f.º 3 a 36 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la cotización al Instituto de Seguro Social y en la Caja de Previsión Social del Distrito, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifiesto no constarle los restantes. 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 105 a 137 expediente digital).

Por auto del 3 de febrero de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP **Porvenir S.A.** (expediente digital)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado por la accionante. En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos, intereses y rendimientos. A pagar con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación de pensión por gastos de administración. Dispuso a Colpensiones reactivar la afiliación y recibir los aportes. Impuso condena en costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. (expediente digital).

Como sustento de su decisión, narró que la AFP demandada 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 cómo 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

Inconforme las demandadas la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interponen recurso de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.** adujo que el consentimiento informado se manifestó y materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Con la declaración de la nulidad e ineficacia se desconoce el principio de autonomía de las personas para disponer con efecto vinculante de los derechos de los cuales son titulares. Refirió que la actora para la data del cambio no contaba con derechos adquiridos o expectativas legítimas. Sostuvo que el retorno de la actora contribuye a la desfinanciación del sistema. Alegó que no procede la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, los cuales conservará la promotora y estuvo cubierta para los riesgos de invalidez.

Por su parte, **Colpensiones** argumentó que la afiliación es válida porque fue suscrita de manera libre, voluntaria, sin presiones por una persona plenamente capaz. Señaló que el deber de información está sometido a las normas vigentes al momento en que se dio el traslado, no a aquellas que entraron en vigencia con posterioridad, pues su efecto no es retroactivo. Alegó que la sentencia atenta contra el principio de sostenibilidad fiscal del sistema, pues quien no ha cotizado al fondo común resultan beneficiados de este.

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).

Esse 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, accesos, 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 26 de octubre de 1962, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 31 años, mediante certificado de información laboral No. 477 de Bogotá D.C., 317,46 semanas cotizadas a la Caja de Previsión Social y 72,86 semanas de aportes a Colpensiones (f.º 38, 53 y 159 expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 5 de noviembre de 2002, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1º de enero de 2003 de conformidad con el reporte emitido por Asofondos (f.º 385 y 387 expediente digital).

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

Conforme al escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen ignorando sus implicaciones, 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 RALS 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, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de abril 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 apelada.

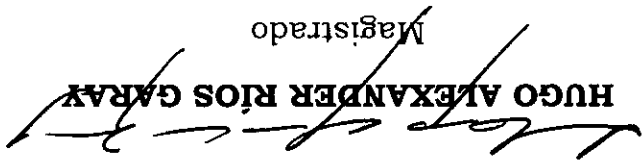
TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Actuación de voto*
35-2020-13-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA YOLANDA PINZON MOYA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2020 00053 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 037 2020 00345 01
DEMANDANTE: MARTHA CLAUDIA BERNAL CASTAÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de mayo 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 ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Asimismo, que para todos los efectos jurídicos la actora siempre ha permanecido en el régimen de prima media. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración. Se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación, recibir los aportes y actualizar la historia laboral de la demandante. Además, a reconocer la pensión de vejez a favor de la demandante por haber cumplido los requisitos de ley, así como pagar las mesadas ordinarias y extraordinarias causadas. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita* a las demandada, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, nació que nació el 16 de agosto de 1959 y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Porvenir S.A. el 23 de febrero de 1999. Indicó que el asesor no le explicó la naturaleza del régimen de ahorro individual, ni sus características, diferencias, ventajas y desventajas sobre el cambio. Señaló que cumple con los requisitos de semanas y edad para que se le reconozca la pensión de vejez.

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe.

Al contestar **Colpensiones** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó en natalicio de la actora. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, la falta de reclamación administrativa, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos administrativos, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables de oficio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. del 23 de febrero de 1999. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración. Asimismo, condenó a Colpensiones a admitir el traslado y aceptar los valores que remita el fondo privado. Declaró probada la excepción de falta de reclamación administrativa frente a la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez y declaró no probadas las demás excepciones propuestas. Absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones en su contra. Impuso costas a la AFP Porvenir S.A. (f.º 2 a 3).

Como sustento de su decisión, señaló que el formulario de afiliación a lo sumo acredita la voluntad del afiliado pero no que fue debidamente informado para tomar dicha decisión, por lo que no se acreditó el cumplimiento del deber de información como requisito necesario para convalidar el acto jurídico del traslado de regímenes pensionales.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, imploró revocar la sentencia dado que incumbe a la parte demandante probar los supuestos facticos de la demanda, lo cual no realizó. Indicó que la actora tenía conocimiento del régimen de ahorro individual, por lo que al firmar el formulario de afiliación consintió toda la información que establecida, ya que el desconocimiento de la ley no es excusa. Además, se encuentra en la prohibición legal de trasladarse. En caso de confirmarse la decisión solicita que se mantenga la absolución de costas y la devolución de aportes con los respectivos rendimientos y gastos de administración.

A su turno, La AFP **Porvenir S.A.** manifestó que el despacho no analizó el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, donde el deber de información no es un requisito sin el cual el acto jurídico no nace a la vida jurídica, por lo que el mismo cumple con los requisitos de validez frente al formulario de afiliación que fue suscrito de manera libre y voluntaria. Señaló que la parte actora no comprobó los supuestos facticos plasmados en la demanda. Finalmente, que los gastos de administración son cobrados por la gestión realizada, por lo que supone un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones. Reiteró la excepción de prescripción.

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 también 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).

Esse 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, accesos, 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 16 de agosto de 1959, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 590,97 semanas cotizadas a Colpensiones. Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 23 de febrero de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. El cual se hizo efectivo a partir del 1º de abril de 1999 conforme al reporte emitido por Asofondos (f.º expediente digital f.º 29).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en febrero de 1999 mientras trabajaba en Mecanic Electro llegó una asesora que hizo una reunión colectiva, donde en 5 minutos explicó que el Gobierno había sacado una nueva opción porque se iba a acabar el ISS y perdería la pensión, por lo que entregaron formularios ya diligenciados solo pendientes de la firma. Confesó que firmó de manera libre y voluntaria el formulario, además de recibir extractos financieros y realizar aportes voluntarios.

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 por la referencia que el fondo público desaparecería, 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, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

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

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

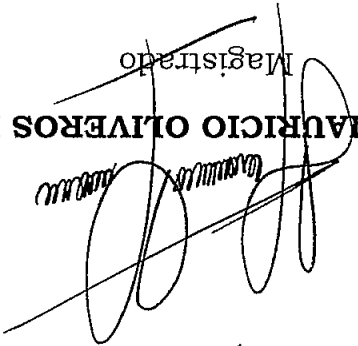
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de mayo de 2021, la sentencia analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

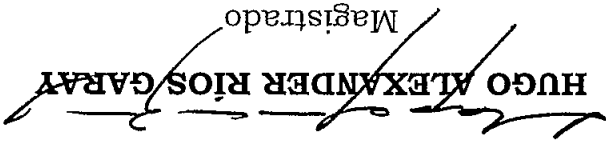
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

Atestado de fe

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: MARTHA CLAUDIA BERNAL CASTAÑO

DEMANDADO: COLPENSIONES, Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 037 2020 00345 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional contenida en la sentencia de primera instancia, 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 septiembre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 23 de noviembre de 2021, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia del traslado contenida en 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 voto¹.

La primera de ellas permite expresar la posición particular a aquellos participantes de la decisión que habiendo acompañado con su voto la totalidad de las resoluciones, discrepen total o parcialmente de la sustentación que las precede, mientras que la segunda, el salvamento de voto, es la que permite a los disidentes de la decisión explicar las razones por las cuales estuvieron en desacuerdo con 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”².

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 septiembre de 2021 se postergó hasta el 23 de noviembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la

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

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

decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 29 de septiembre de 2021.

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es igual a la presentada en la ponencia de 29 de septiembre 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.

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA 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 038 2019 00463 01
DEMANDANTE: HUMBERTO MENDEZ HERNÁN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y que nunca dejó de estar afiliado a prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo en cuenta individual incluidos aportes, rendimientos financieros y bonos pensionales. Disponer a Colpensiones a recibir todos los recursos. Asimismo, a las demandadas a 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 febrero de 1956 y cotizó 408 semanas a prima media. En octubre de 1994 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A.. Adujo que

la promotora del fondo no le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto las características de cada régimen y la forma de acceder a la pensión. Refirió que la AFP realizó proyección según la cual la pensión de vejez a los 63 años ascendería a \$1'209.000. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue negado. (f.º 2 a 33 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natus ex natus del actor, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifiesto no constarle o no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos administrativos, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 107 a 115 expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle ninguno de ellos. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las declarables de oficio (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 19 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizado el 30 de septiembre de 1994. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual incluidos aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, sin descontar suma alguna por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantías de pensión mínima. Dispuso a Colpensiones de manera inmediata, reactivar la afiliación sin solución de continuidad y reconstruir la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró estando a su cargo que brindó al posible afiliado al momento del traslado información clara, cierta, comprensible y oportuna de características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias de su decisión, circunstancia que no se acredita con la suscripción del formulario de vinculación por lo que en aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia procede declarar la ineficacia..

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, replicó que el accionante se trasladó voluntariamente y permaneció vinculado al RAIS por más de 26 años con lo cual ratificó su afiliación. Expuso que la AFP no tenía la potestad legal de rechazar la solicitud de vinculación, pero el actor podía retornar a prima media dentro de los términos previstos en la ley y no lo hizo. Además, ostenta la calidad de pensionado, por lo que es improcedente declarar la ineficacia del traslado ya que se afectaría el sistema de seguridad social en su conjunto. Solicita que en caso de no atender estos argumentos, se ordene a la AFP la devolución de todas las sumas percibidas sin descontar valor alguno, con el fin de preservar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A** manifestó haber cumplido con todas las obligaciones que la ley le imponía al momento del cambio de régimen. El promotor tomó la decisión libre, voluntaria e informada de trasladarse al RAIS, que se ha ratificado de manera tácita y, por tanto, saneado con el tiempo que ha permanecido afiliado y cotizando. De otro lado, sostuvo que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues estos recursos no están llamados a financiar la pensión y sobre ellos opera el fenómeno de la prescripción.

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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, STL3200-2020 y SL3050-2021).

Esse 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 10 de febrero de 1956, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y 240,14 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 39 expediente digital y expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 30 de septiembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1º de octubre de 1994 de conformidad con el reporte emitido por Asofondos (f.º expediente digital 66 y 99 contestación Porvenir).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado los dueños de la empresa en la cual laboraba llevaron asesores de Porvenir, quienes informaron que el ISS se iba a acabar, por ello, el Gobierno creó los fondos privados en donde obtendría mejores rendimientos y se podría pensionar más joven. Aseguró que, a su puesto de trabajo le llevaron el formulario diligenciado y suscribió sin leer, dado que se sintió presionado por los jefes, quienes expresaban que era la mejor opción. Confesó que se acercó a Porvenir hace 3 años, momento en el cual se dio cuenta de su realidad. Relató que aún se encuentra vinculado laboralmente y realiza aportes a seguridad social en pensiones, por lo que cuenta con más de 1.600 semanas aportadas.

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración 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 confirmará en este punto.

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

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

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

Conviene señalar que aunque la demandada Colpensiones manifestó al apelar, que el promotor ostenta la calidad de pensionado, esta circunstancia no se encuentra probada por ningún medio, por el contrario, al absolver interrogatorio de parte el actor relató que labora en la actualidad y cotiza al sistema de pensiones. Al verificar el estado de cuenta individual allegado por la AFP Porvenir S.A., la Colegiatura verifica que la última cotización corresponde al mes de agosto de 2020, esto es, apenas cuatro meses antes de tener por contestada la demandada a la AFP (expediente digital).

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 19 de julio de

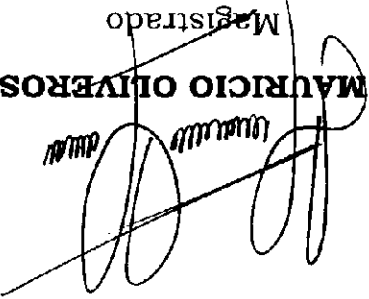
2021, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión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

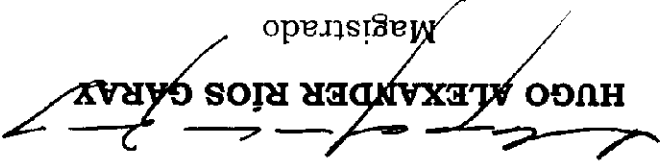
SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

Atestada de verda

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HUMBERTO MENDEZ HERRAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 38 2019 00463 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

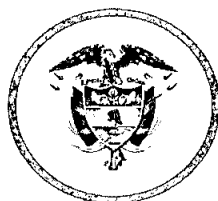
Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2019 00611 01
DEMANDANTE: LUIS ANIBAL BOSSA BERNAL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas la AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de agosto de 2021. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor del Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se declaré que para efectos pensionales continua afiliado al régimen de prima media administrado por Colpensiones y se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 5 de noviembre de 1979 se vinculó al Departamento de Cundinamarca y cotizó a la Caja de Previsión Social del Departamento. Se traslado en el año 1995 al régimen de ahorro individual. Adujo que el promotor del fondo le indicó que el ISS desaparecería, entre tanto, en el RAIS obtendría rendimientos que le



permitirían pensionarse a cualquier edad. Finalmente, que las demandadas negaron su solicitud de traslado (expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones inexistencia de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables de oficio (f.º 38 a 54 expediente digital)

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó que el accionante cotizó a la Caja de Previsión Social del Departamento, actualmente esta cotiza a Porvenir S.A., también la reclamación de traslado y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. 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 68 a 90 expediente digital).

En audiencia celebrada el 27 de noviembre de 2010 se dispuso vincular como litisconsorcio necesario a la AFP **Protección S.A.**, que al contestar rechazó las súplicas. En cuanto a los hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará 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, y las demás declarables de oficio (f.º expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de agosto de 2021, declaró que el traslado al régimen de ahorro individual realizado por el accionante el 1º de diciembre de 1994 a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a Porvenir S.A a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos y comisiones por administración, debidamente indexadas y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de pensión mínima. Condenó a Protección S.A. a que transfiera a Colpensiones los dineros que recibió mientras el actor estuvo vinculado a esa AFP, por gastos de administración, sin que haya lugar a descuento alguno. Dispuso a Colpensiones recibir los dineros, reactivar la afiliación y la autorizó para iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que declara ineficaz. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las AFP. (f.º expediente digital).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas, la AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación.

La AFP Protección S.A., implovió revocar la devolución de los gastos de administración y descuentos realizados por seguro provisional, pues

estas sumas ya fueron y utilizadas por la AFP y al ordenarse su traslado a Colpensiones se genera un enriquecimiento sin causa

La AFP **Porvenir S.A.**, argumentó que el accionante se trasladó de forma voluntaria y manifestó su libre escogencia con la suscripción del formulario de vinculación. De otro lado, refirió que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues las sumas fueron descontadas por disposición legal y se destinaron a compensar la buena gestión de la AFP y a mantener cubierto al actor para los riesgos de invalidez y muerte.

Por su parte, **Colpensiones**, ruega que se revoque la decisión de primera instancia dado que el actor se trasladó sin presión o coacción, tuvo la posibilidad de retornar a prima media y solamente se ocupó de realizar gestiones y averiguaciones, en el 2019, época en la que estaba a menos de 10 años de acceder a la pensión y, por ello, incurso en una imposibilidad legal, además ratificó su voluntad de permanecer afiliado al RAIS por un largo periodo en el que realizó traslados horizontales.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista

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

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, prevé 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 24 de octubre de 1956, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 448 semanas cotizadas a Colpensiones y la Caja de Previsión Social de Cundinamarca (expediente digital - expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y 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 21 de noviembre de 1994, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. (f.º 27 expediente digital contestación Protección). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colmena del 1º de diciembre de 1994 al 31 de julio de 1999; a ING del 1º de agosto de 1999 al 31 de marzo de 2001 y a partir del 31 de diciembre de 2012 en adelante a Protección S.A (expediente digital)

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado prestaba servicios a la Alcaldía de Chía, el hermano de la Jefe de Recursos motivó a la mayoría de funcionarios a trasladarse con el argumento que los rendimientos financieros serían mejores, pero no le explicaron las características del régimen, tampoco que tenía la posibilidad de retractarse. Confesó que suscribió el formulario de vinculación libre de presiones y lo leyó someramente. Nunca recibió extractos pensionales y su intención de trasladarse radica en el monto de la pensión que podría serle reconocida en prima media.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que el fondo público desaparecería, 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 afiliado 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 consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

Paralelamente, se confirmará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirmará 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de agosto de 2021.

SEGUNDO: 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

Angela Lucia Murillo Varón
ANGELA LUCIA MURILLO VARON
Magistrada Sala IV de lo Penal
039-2019-00611-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS ANIBAL BOSSA BERNAL

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00611 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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

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


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 039 2019 00790 01
DEMANDANTE: JANETH DAZA RAMÍREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 50, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS identificada con Cedula de ciudadanía No. 36.311.956 y T.P. No. 283.299 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 24 de septiembre de 2019 (f.º 30 a 49).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas la AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021. Igualmente, se surtirá el grado de consulta en favor del Colpensiones.

I. ANTECEDENTES



1

2

3

4

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad y/o ineficacia de la vinculación del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y el cambio horizontal a la AFP Protección S.A.. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora con todos sus frutos e intereses. Ordenar a Colpensiones a recibirla como afiliada con la totalidad de sus aportes. Asimismo, a las demandadas a 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 2 de noviembre de 1961 y cotizó al Instituto de Seguro Social 429.55 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 27 de agosto de 1999, subsiguiente a Protección S.A. el 1º de enero de 2002 y retornó a Porvenir S.A. el 27 de junio de 2003. Adujo que los fondos privados no la ilustraron sobre las características de cada régimen, sus beneficios y desventajas, se limitaron a indicar que la pensión sería mayor y la podría obtener a cualquier edad, además que obtendría excelente rentabilidad. Refirió que devenga un salario de \$7'296.400, no obstante, la AFP Porvenir S.A. le realizó proyección según la cual la pensión en el RAIS sería de \$1'045.000. Finalmente, que le fue negada la solicitud de traslado (f.º 4 a 17 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, su traslado de régimen, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. 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 (expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Protección S.A.** rechazó las suplicas. En cuanto a los hechos, admitió únicamente el natalicio de la actora. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, la buena fe, la prescripción, el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la inexistencia de la obligación de devolver la prima 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 reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y el traslado de aportes (expediente digital).

Por su parte, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle ninguno. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de julio de 2021, declaró que el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual, a través de la AFP Porvenir S.A., efectivo a partir del 1º de octubre de 1999 es ineficaz, y, por ende, no produjo efecto jurídico alguno, por lo que se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Condenó a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta individual, junto con los rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin lugar a descuento alguno por pagos efectuados a seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones recibir los recursos y reactivar la afiliación sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones e informó a Colpensiones que está facultada para iniciar las

actuaciones civiles a que haya lugar para obtener el pago de los perjuicios con el acto declarado. Impuso condena en costas a cargo de las AFP. (expediente digital).

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

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recursos de apelación.

Por su parte, La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia, dado que el traslado se efectuó según las previsiones legales vigentes para la época, se acreditó que la accionante se trasladó de forma libre y voluntaria, suscribió formulario de afiliación y realizó cambios horizontales entre AFP. Sostuvo que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, dado que fueron descontados por disposición legal, compensaron la buena gestión de la AFP que generó rendimientos que incrementaron el saldo en la cuenta individual, los mismos también se hubieran cobrado en prima media, son susceptibles de prescribir por cuanto no pertenecen al afiliado ni sirven para financiar la pensión de vejez, además se generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones.

La AFP **Protección S.A.** solicitó revocar la decisión en cuanto le ordenó trasladar gastos de administración, pues la deducción se hizo al amparo de la ley, en los dos regímenes hay lugar a realizar esta deducción, se enriquecería sin causa a Colpensiones, dado que se trasladarían sumas que no están llamadas a financiar la pensión. Sostuvo que se ordena el traslado de rendimientos generados por la AFP y sin embargo, se le ordena trasladar la comisión cobrada que no resulta equitativo, pues la AFP

debería conservarla. Indicó que el litigio giró en torno a establecer la ineficacia del traslado, pero no fue solicitado el pago de perjuicios.

Colpensiones argumentó que la demandante no demostró que en el acto del traslado se hubiere configurado algún vicio del consentimiento y no es procedente ordenar el retorno a prima media ante su inconformidad en el monto de la pensión, dado que está llamada a someterse a las previsiones legales que rigen el RAIS, al que manifestó su intención de pertenecer al firmar el formulario de afiliación voluntariamente. Refirió que el retorno a Colpensiones afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados al fondo común.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a 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).

Esse 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 2 de noviembre de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y cotizó 152, 4 semanas a Colpensiones (expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 27 de agosto de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Porvenir del 1º de octubre de 1999 al 30 de noviembre de 2001; a ING del 1º de diciembre de 2001 al 31 de julio de 2003 y a partir del 1º de agosto de 2003 en adelante a Porvenir S.A (expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se desempeña como enfermera, para la época del traslado al salir de turno fue abordada por un asesor de Porvenir quien le manifestó que el ISS se iba a acabar y perdería las semanas cotizadas, entre tanto, en el fondo privado obtendría una mejor pensión, pues era una empresa muy sólida y

su mejor opción, él le entregó un formulario le indicó como diligenciarlo y procedió a firmarlo. Manifestó que se trasladó entre AFP porque cada una de ellas le ofreció mejor rentabilidad, pero no le explicaron como sucedería y confesó que nunca se acercó a los fondos a averiguar, también que no fue presionada a vincularse a ninguno de los fondos.

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 por la referencia que el fondo público estaba en liquidación, 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 afiliado 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 consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

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

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura confirmará 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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2021.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JANETH DAZA RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00790 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

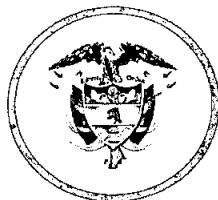
Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar decisión de primera instancia que declara la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 009 2017 00271 01
DEMANDANTE: CARLOS AYALA ARGUELLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A., que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media y es beneficiario del régimen de transición. En consecuencia, condenar a las AFP a registrar el traslado en su sistema, a Porvenir S.A. a enviar el saldo de la cuenta individual incluido el bono pensional, las sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos, intereses y rendimientos. A Colpensiones a activar la afiliación, reconocer y pagar la pensión por vejez en aplicación del Decreto 758 de 1990. Asimismo, 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 11 de septiembre de 1949 y se afilió al Instituto de Seguro Social el 16 de



diciembre de 1973 donde cotizó 836 semanas. El 17 de enero de 1998 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. y luego horizontalmente a la AFP Provenir S.A. Adujo que no fue informado sobre las implicaciones y desventajas de trasladarse al RAIS. El 15 de septiembre de 2013 Porvenir S.A. le reconoció pensión de vejez con el beneficio estatal de la garantía de pensión mínima (f.º 100 a 126).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento del accionante y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, la prescripción, la buena fe, la improcedencia de intereses moratorios e indexación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 134 a 149).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la afiliación al fondo y el reconocimiento de la pensión. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso la excepción previa de falta de integración del *litis* consorcio necesario y las de mérito de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, la prescripción, la compensación, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 213 a 228).

Por su parte, la AFP **Colfondos S.A.** rechazó las suplicas dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, la prescripción, no se presentaron los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedor de un traslado al régimen de prima media, la buena fe, la validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, la compensación y pago, la obligación a cargo exclusiva de un tercero, nadie

puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables de oficio (f.º 263 a 293).

Mediante auto del 5 de diciembre de 2017 se ordenó vincular en calidad de litis consortes necesarios a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales y a Seguros de Vida Alfa S.A. (f.º 294).

Al contestar la **Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público**,

se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, manifestó no constarle ninguno de ellos. En defensa de sus intereses, propuso la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario con el Departamento Santander, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional y Bogotá Distrito Capital a través del Foncep y las de mérito de falta de integración de litis consorcio necesario, la inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la nación, la obligación legal de reintegrar a la Nación y a las entidades contribuyentes los valores reconocidos por concepto de bono pensional frente a la declaratoria de la nulidad de la afiliación al RAIS, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 301 a 306).

Al responder **Seguro de Vidas ALFA S.A.** rechazó las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, manifestó no constarle ninguno. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de la nulidad, la inexistencia de la obligación, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de trato sucesivo, la ausencia de responsabilidad atribuible a la litisconsorciada y las declarables de oficio (f.º 326 a 333).

De otro lado, la **AFP Porvenir S.A.** promovió demanda de reconvencción para que se condene al señor Carlos Ayala Arguello a reintegrar debidamente indexadas las sumas canceladas como mesada pensional entre septiembre de 2013, momento en que le fue reconocida la pensión de vejez en la modalidad de retiro programado y septiembre de

2017, época en que los pagos fueron asumidos por Seguros de Vida Alfa S.A. en virtud de la contratación de una renta vitalicia. En respaldo de sus pretensiones, narró que 18 de octubre de 2011 el señor Ayala Arguello reclamó la pensión de vejez que fue reconocida a partir de septiembre de 2013 y pagada hasta septiembre de 2017, momento a partir del cual el pago fue asumido por Seguros de Vida Alfa S.A. como producto de la contratación de una renta vitalicia (f.º 171 a 173)

Al contestar, **el demandante** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó que estuvo afiliado a los Colfondos y Porvenir, también que le fue reconocida pensión. No formuló excepciones. (f.º 337 a 339).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de septiembre de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probadas las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación. Condenó en costas a cargo de la parte demandante (f.º 538 a 541).

Como sustento de su decisión, señaló que aunque las pruebas no permiten establecer que Colfondos al momento del traslado brindó al demandante información clara, completa y comprensible sobre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes pensionales, no es procedente declarar la ineficacia del acto jurídico, pues el accionante no ostenta la condición de afiliado al RAIS sino de pensionado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante imploró revocar la sentencia, al argumentar que la falta de información al momento del traslado no se convalida con la solicitud de reconocimiento de la pensión y al aplicar la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia debe declararse la ineficacia del cambio de régimen.

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la

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

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

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

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

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

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

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

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

V. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que el accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Porvenir S.A. en septiembre de 2013, a tal punto que plasmó que las mesadas sean consignadas en su cuenta de ahorros de Bancolombia (f.º 195 a 210).

Ahora, en agosto de 2017 la AFP comunicó al promotor que pagaría la pensión hasta el 30 de septiembre, pues en adelante en virtud de la contratación de una renta vitalicia la prestación sería cancelada por Compañía de Seguros Alfa S.A. (f.º 211).

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

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

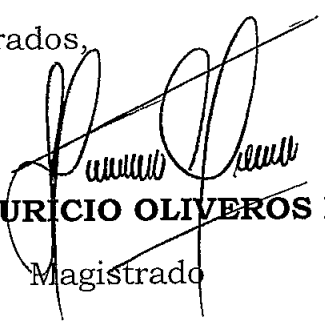
RESUELVE

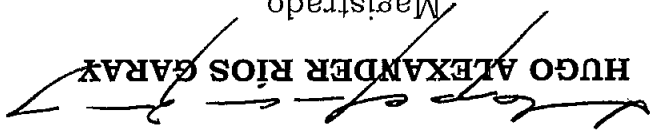
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2020, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 009.2017.00271-01



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2018 00297 01
DEMANDANTE: HERNANDO TORRES ORTIZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. y subsiguientes cambios horizontales. En consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones reactivar la afiliación como si nunca se hubiera trasladado. Finalmente, se disponga a las demandadas a 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 27 de octubre de 1955 y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 24 de septiembre de 2001. Adujo que el promotor del fondo



privado no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las características de cada régimen, su ventajas y desventajas. Luego, realizó traslados horizontales a Colfondos S.A. y Horizonte S.A. Refirió que conforme a proyección pensional su mesada pensional en el régimen de ahorro individual sería de \$1'040.000, entre tanto, en prima media ascendería a la suma de \$6'412.868. Finalmente, que le fue negada la solicitud de traslado (f.º 3 a 14 expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la data de nacimiento, la afiliación al fondo y los traslados horizontales. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto, el enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 129 a 146 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio del actor, su traslado de régimen, los traslados horizontales, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso la excepción previa de no comparecer la demanda todos los litisconsortes necesarios y las de mérito de falta de legitimación en la causa por pasiva, la inexistencia de la obligación, la excepción error de un derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, y las demás declarables oficiosamente (f.º 170 a 181 expediente digital).

Por su parte, la AFP **Colfondos S.A.** rechazó las suplicas dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la data de nacimiento del actor y su afiliación al fondo. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, la buena fe, la compensación y pago, el saneamiento de cualquier

presunta nulidad de afiliación, la ausencia de vicios del consentimiento y las demás declarables de oficio (f.º 196 a 210 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 30 de julio de 2021, declaró la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizado el 24 de septiembre de 2001. En consecuencia, condenó a la AFP Colfondos S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado sin lugar a descuento alguno. Dispuso a Colpensiones aceptar dichos valores, tener como válida la afiliación a prima media desde el 1º de septiembre de 1988 e incluirlo en sus bases de datos. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a la AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no probó haber brindado información suficiente al demandante al momento del traslado y dicha circunstancia no se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación o las cotizaciones realizadas. Tampoco se convalida con la vinculación a diferentes administradoras del RAIS.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones, implovió revocar la sentencia al argumentar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, pues suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de vinculación y permaneció vinculada por más de 20 años. Además, en razón de su edad está incurso en una prohibición legal de regresar a prima media. Refirió que el traslado

contribuye a desfinanciar el sistema y por ende pone en riesgo la garantía del derecho a la pensión del resto de cotizantes al fondo común, adujo que la entidad no participó en el traslado. Finalmente, indicó que de mantenerse la decisión debe ordenarse a Colfondos normalizar la afiliación en el sistema SIAF y devolver los aportes, rendimientos y gastos de administración debidamente indexados.

Por su parte la **AFP Porvenir**, imploró revocar la sentencia de primera instancia pues el traslado se hizo con observancia de las exigencias legales de la época, esto es, con el diligenciamiento del formulario de vinculación. No se demostró la configuración de vicios del consentimiento, por el contrario, el accionante permaneció vinculado por un espacio amplio y así exteriorizó su intención de permanecer afiliado al RAIS, además se trasladó cuatro veces entre administradoras. De otro lado, señaló que el demandante era un Juez que no puede invocar el desconocimiento de la ley para beneficiarse de ella. Finalmente, que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, dado que no están destinados a financiar la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 14 *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, prevé 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 prevé 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 perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

Se encuentra demostrado con la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 27 de octubre de 1955, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y cotizó 669,24 semanas a CAJANAL (f.º 19 y 43 expediente digital). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y 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 2001, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 21 expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Porvenir del 1º de noviembre de 2001 al 30 de noviembre de 2002; a Colfondos del 1º de diciembre de 2002 al 31 de diciembre de

2003; a Horizonte hoy Porvenir S.A del 1º de enero de 2004 al 30 de septiembre de 2005 y a partir del 1º de octubre de 2005 y en adelante a Colfondos (f.º 216 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para la época del traslado estaba vinculado al Juzgado Primero Penal para Menores en Barranquilla, se presentaron asesores de Porvenir, quienes manifestaron que el fondo público se iba a acabar, entre tanto, en la AFP podría pensionarse de forma anticipada y con mejor monto. Admitió que no leyó el formulario y explicó que la letra era muy pequeña y su contenido extenso, no formuló preguntas al promotor porque consideró que lo que le ofrecían era extraordinario, por la misma razón realizó cambios entre fondos privados y no regresó a Colpensiones, ni se acercó a solicitar información.

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliado 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 consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo. Dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades "pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han *administrado por COLPENSIONES*" (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia se adicionará 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 pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará y adicionará 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 30 de julio de 2021, 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 condenar a la CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

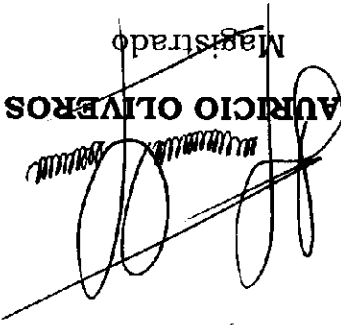
TERCERO: ADICIONAR la sentencia analizada, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

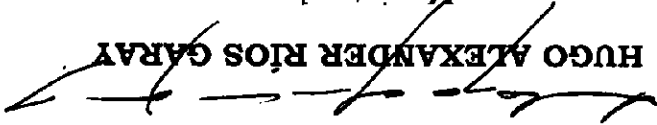
CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: HERNAN TORRES ORTIZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2018 00297 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2018 00725 01
DEMANDANTE: LUZ MERY PARRADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladarla junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. A Colpensiones aceptar el traslado. Asimismo, a las demandadas a 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 3 de julio de 1964 y cotizó 474 semanas al régimen de prima media. Se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 1° de marzo de 1995. Adujo que el promotor del fondo le indicó que el Seguro

Social se liquidaría y perdería todo lo aportado, en cambio, en el fondo privado podría pensionarse con un monto mayor a una edad inferior. Expuso que la AFP realizó proyección pensional según la cual la prestación en el RAIS sería de \$1'687.600, entre tanto, en prima media ascendería a \$5'369.600. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue Negado (f.º 2 a 12 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, su afiliación al Instituto de Seguro Social, su traslado de régimen, la reclamación y su respuesta. Manifiesto no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 51 a 63 expediente digital).

Por auto del 7 de mayo de 2021 se tuvo por no contestada la demanda respecto de la AFP Porvenir S.A. (f.º 172 a 178 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de agosto de 2021, declaró la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a realizado por la accionante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno por deterioros sufridos por el bien administrado. Dispuso a Colpensiones tener como válida la afiliación del 2 de mayo de 1983, incluir en las bases de datos la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de la futura pensión. Declaró no probadas las excepciones e impuso condena en costas a Porvenir S.A. (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró que brindó a la accionante al momento del traslado información clara y transparente de las características del cada régimen y las implicaciones de su decisión, obligación que estimó no se suple con la suscripción del formulario de afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones suplicó revocar la sentencia al argumentar que resultó probado que la accionante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual, dado que suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario vinculación y permaneció en el RAIS por más de 25 años sin manifestar inconformidad alguna. Manifestó que se encuentra inmersa en una prohibición legal para regresar a prima media y de permitírsele se contribuiría a desfinanciar el sistema y con ello, poner en riesgo el derecho a la pensión del resto del cotizantes. Es por lo anterior que no es procedente declara la nulidad del traslado.

Por su parte, La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la decisión de primera instancia al señalar que la AFP cumplió con el deber de informar en los términos previstos en la ley, el cual no puede ser entendido únicamente al momento del cambio sino en todas las etapas contractuales. Adujo la actora realizó traslados horizontales y aportes voluntarios con lo que se evidencia que recibió información y se benefició de los productos ofrecidos por el RAIS.

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*

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).

Esse 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, accesos, 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 3 de julio de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años y cotizó 8,71 semanas a Colpensiones (f.º 27 y 64 expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 10 de febrero de 1995, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. (f.º 152 expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Horizonte del 1º de marzo de 1995 al 31 de diciembre de 1998; a Porvenir S.A. del 1º de enero de 1999 al 30 de junio de 2001; a Horizonte S.A. del 1º de julio de 2001 al 31 de diciembre de 2013; y a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A (f.º 147 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado a su lugar de trabajo llegaron asesores de la AFP Horizonte quienes en reunión con 50 personas dijeron que el Seguro Social se acabaría y por ello, debían cambiarse a los fondos privados, pues era la mejor opción para quienes iniciaban su vida laboral, le entregaron el formulario diligenciado el cual solamente tuvo que suscribir. Refirió que no le informaron que podía retornar a prima media, ni le realizaron proyección alguna. Confesó que adquirió el producto de pensiones voluntarias porque le dijeron que servía para reducción de retención en la fuente.

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

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

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

Ahora bien, como quiera el juzgado declaró la nulidad o ineficacia, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar la únicamente 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 pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará y adicionará 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el

10 de agosto de 2021, 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.

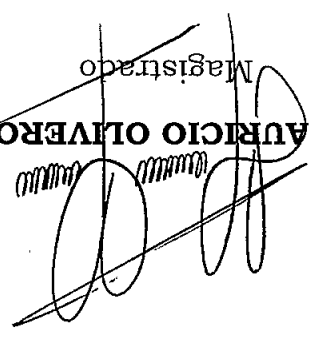
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

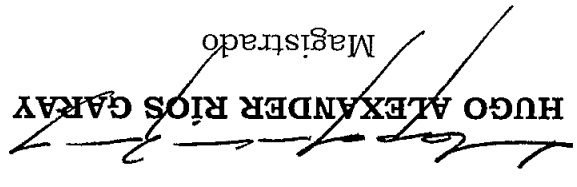
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MERY PARRADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2018 00725 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00065 01
DEMANDANTE: STELLA ESPINOSA RICAURTE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar los recursos de la cuenta individual incluidos aportes, rendimientos, bonos pensionales y cuotas de administración y pagar los perjuicios morales. A Colpensiones a realizar los trámites tendientes al retorno a prima media. Asimismo, 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 22 de septiembre de 1960 y 10 de diciembre de 1997 se trasladó al régimen de

ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A, la cual no le brindó información transparente, cierta, suficiente y oportuna respecto de las características de cada régimen y las consecuencias del cambio (f.º 2 a 16 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la actora. Manifiesto no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 61 a 72 expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables de oficio (f.º 134 a 149 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de agosto de 2021, declaró la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizado por la accionante el 10 de diciembre de 1997. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado. Ordenó a Colpensiones aceptar dichos valores y reactivar la afiliación. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a Porvenir S.A. (f.º Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado a la demandante información suficiente al momento del traslado sobre las implicaciones de su decisión de acuerdo a sus circunstancias

particulares, por lo que en aplicación de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia procede declarar la nulidad de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** imploró revocar la sentencia pues el traslado fue un acto voluntario de la demandante que se materializó con la suscripción el formulario de afiliación, el cual no fue tachado o desconocido. Sostuvo que los traslados masivos ocasionan inestabilidad al fondo común.

Por su parte, **Colpensiones** suplicó revocar la decisión de primera instancia por considerar que la afiliación no es un acto unilateral y cuando el potencial afiliado guarda silencio se configura una vinculación tácita, además no puede olvidarse que el consumidor financiero tiene a cargo deberes y obligaciones, permaneciendo vinculada por más de 23 años. Refirió que el fondo común no ha considerado a la demandante en los cálculos de capitalización y permitir su traslado vulneraría los principios de equidad y eficiencia pensional. De otro lado, alega que de confirmarse la sentencia se debe ordenar a la AFP normalizar la afiliación en el sistema de información correspondiente y devolver los aportes debidamente indexados.

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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 22 de septiembre de 1960, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y cotizó 17,71 semanas a Colpensiones (f.º 73 expediente digital y expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello

ocurrió el 10 de diciembre de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de 1998 de conformidad con el reporte emitido por Asofondos (f.º 151 y 152 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado se posesionó en la Contraloría, a la salida asesores de Porvenir lo abordaron, una de las promotoras le dijo que el ISS estaba por liquidarse, que iba a desaparecer y que en el fondo privado tendría un ahorro pensional, con la posibilidad de retirarlo en cualquier momento, que podría pensionarse con una mesada pensional superior a la que le ofrecía el Seguro Social, en cualquier momento de forma anticipada, sin la explicación de como sucedería. Confesó que ha recibido a su correo electrónico extractos en los últimos años, pero no los comprende.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para obtener una pensión superior o la referencia que el fondo público estaba en liquidación, 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, bonos pensionales y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por consiguiente, la sentencia analizada se confirmará en este punto.

Ahora bien, como quiera el juzgado declaró la nulidad o ineficacia, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar únicamente 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 pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará y adicionará 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 11 de agosto de 2021, 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.

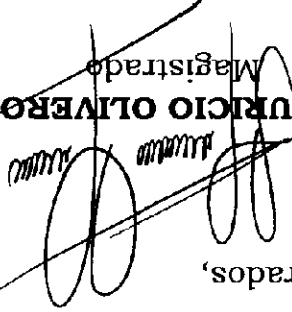
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

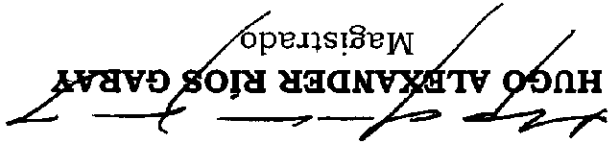
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELLA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada 2 - 2019 00265 -01
delatoración de Voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: STELLA ESPINOZA RICAURTE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00065 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada





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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 002 2019 00110 01
DEMANDANTE: ADRIANA BAÑOS OLIVERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 7, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y T.P. No. 269.607 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 24 de septiembre de 2019 (f.º 12 a 31).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. trasladar a



Colpensiones los recursos de la cuenta individual incluidos bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración y los demás valores causados con motivo de la afiliación. Disponer a Colpensiones recibir los recursos y actualizar la historia laboral. Asimismo, condenar a las demandadas a 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 se afilió al instituto de seguros sociales el 19 de febrero de 1988 y se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. el 22 de agosto de 1997. Adujo que el promotor le manifestó que el ISS se liquidaría, por lo que debía trasladarse al fondo privado en donde podría pensionarse a la edad que quisiera y con un monto más alto, pero no le explicó como sucedería, no le brindó información completa, veraz y suficiente sobre las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas o las implicaciones de su traslado. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (f.º 2 a 20 expediente digital).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el traslado de régimen, la reclamación y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 69 a 84 expediente digital).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la afiliación al ISS y a la AFP. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 151 a 175 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de julio de 2021, declaró la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. realizada por la demandante el 22 de agosto de 1997. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la providencia a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos, sin lugar a descuento alguno. Dispuso a Colpensiones aceptar los valores, tener como válida la afiliación del 19 de febrero de 1988, reactivar la afiliación y actualizar las bases de datos e historia laboral para la obtención de la futura pensión. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a Porvenir S.A. (f. Expediente Digital).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no probó haber brindado información suficiente, clara y comprensible al momento de realizar su traslado al RAIS por lo que al amparo de la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la nulidad o ineficacia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones argumentó que no es procedente declarar la nulidad, pues la accionante se encuentra válidamente vinculada al RAIS, dado que suscribió voluntariamente y libre de presiones el formulario de afiliación, así como, ha permanecido en el régimen por más de 23 años sin manifestar inconformidad alguna. Sostuvo que resulta inequitativo que la demandante pretenda regresar a prima media porque no ha contribuido al fondo común, por ello, no se ha tenido en cuenta en el cálculo actuarial de la entidad. Argumentó que la AFP realizó el traslado bajo los parámetros

previstos en la ley para la época y no es dable exigir ahora requisitos adicionales incorporados en el ordenamiento jurídico con posterioridad. De mantenerse la decisión solicita ordenar la devolución de cotizaciones, rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados, asimismo la actualización de las bases de datos correspondientes.

Por su parte, La AFP **Porvenir S.A.** argumentó que la accionante fue ilustrada al momento de realizar el traslado con base en las disposiciones legales vigentes para la época. Sostuvo que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación ante la inconformidad en el monto de la pensión. Alegó que no es posible invertir la carga de la prueba porque tal como están redactados los hechos no son negaciones indefinidas. De otro lado, indicó que tampoco hay lugar a ordenar la devolución de gastos de administración, pues fueron descontadas por disposición legal, no integran el capital con el que se financiará la pensión, son susceptibles de prescribir, retribuyeron la gestión de la AFP que generó rendimientos los cuales no conservará la AFP, además parte de estos gastos cubrieron las primas que mantuvieron cubierta a la accionante para los riesgos de invalidez y muerte.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la nulidad o 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

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 1 de febrero de 1966, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y cotizó 312,14 semanas a Colpensiones (f.º 41 y 85 expediente digital). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 22 de agosto de 1997, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatría S.A. (f.º 176 expediente digital). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colpatría del 1º de octubre de 1997 al 28 de septiembre

de 2000; a Horizonte del 29 de septiembre de 2000 al 31 de diciembre de 2013 y a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A (f.º 181 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para la época del traslado prestaba servicio a la “*Fábrica de Especies y Productos El Rey*”, la empresa realizó un reunión en la que el promotor de la AFP indicó que el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, por lo que perdería los aportes realizados y para evitarlo debía firmar el formulario con el fondo donde obtendría una mayor pensión y de forma anticipada. Confesó que al acercarse a la edad de pensión realizó averiguaciones y evidenció que la información que le dieron no se ajustaba. Admitió también, que recibe extractos y en ellos solamente verificaba que el saldo se incrementaba.

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

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

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

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

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

Ahora bien, como quiera el juzgado declaró la nulidad, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar únicamente 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 pensiones.

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

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 21 de julio de 2021, 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.

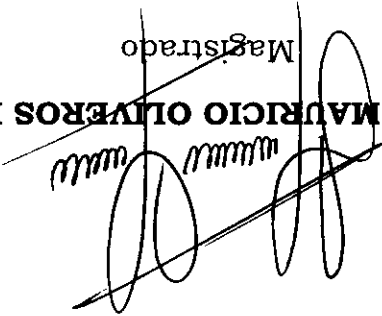
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

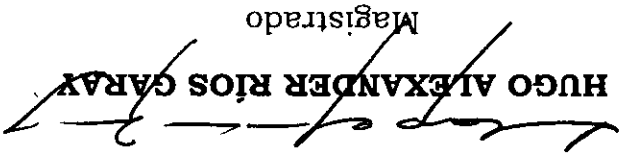
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

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

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN

Magistrada *Adelantada a la votación de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ADRIANA BAÑOS OLIVERA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00110 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

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

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

