



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 38 2017 00403 01.  
**DEMANDANTE:** SANDRA MILENA LÓPEZ DURÁN  
**DEMANDADO:** PABLO FERNANDO SIMBAÑA VALENCIA, WEITZEN  
JASON SETH Y KAGER JASON

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre 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 Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de julio de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato laboral con el demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia en su condición de propietario para la época del establecimiento de comercio Musicology Hostel desde el 24 de agosto de 2015 hasta el 23 de marzo de 2016 fecha en que fue finalizado de forma unilateral e injusta por el empleador. Que se pactó como remuneración un salario básico en la suma de \$1.000.000, más \$400.000 de salario en especie representados en alojamiento, alimentación y descuento del 50% dentro del hostel, también comisiones del 10% de las utilidades netas obtenidas por el establecimiento de comercio y un beneficio adicional calculado sobre el “*rating*” obtenido por el establecimiento de comercio en las páginas web Tripadvisor y Hostelworld. Declarar que con ocasión de la venta del establecimiento de comercio Musicology Hostel, se produjo sustitución patronal entre Pablo Fernando Simbaña Valencia y Weitzen

Jason Seth, por lo que este último es solidariamente responsable de las obligaciones laborales, como propietario posterior del establecimiento, al igual que Kager Jason en calidad de actual dueño. En consecuencia, se condene solidariamente a los demandados a pagar salario causado entre el 1º y el 23 de marzo de 2016, las cesantías y los intereses causados en vigencia de la relación laboral liquidados con la totalidad de factores salariales, a pagar el mayor valor en la prima del segundo semestre del 2015 y la proporcional del 2016, la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, la sanción por no pago oportuno de intereses a las cesantías, la sanción moratoria, la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato, los aportes al sistema de seguridad social y la indexación. Asimismo, a pagar los demás derechos en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

Subsidiariamente, implora la existencia del contrato de trabajo con el demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia y en relación con este acceder a las mismas declaraciones y condenas principales, además que Weitzen Jason Seth y Kager Jason se beneficiaron de la prestación del servicio, por ello, deben ser condenados a responder solidariamente por las obligaciones laborales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia el 21 de agosto de 2015 compró el establecimiento de comercio Musicology Hostel, en el contrato de compraventa se comprometió a mantenerla vinculada al establecimiento por un periodo mínimo de 6 meses. El 15 de septiembre de 2015, suscribió el contrato de trabajo, no obstante, las labores fueron ejecutadas desde el 24 de agosto de la misma anualidad. En virtud del vínculo debía desempeñar las funciones de administradora y como contraprestación se acordó una remuneración compuesta por un salario básico de \$1.000.000, salario en especie de \$400.000 y comisiones del 10% por las ventas netas del establecimiento, además un beneficio adicional calculado sobre el “*rating*” obtenido por el establecimiento de comercio en las páginas web Tripadvisor y Hostelworld.

Sin embargo, al momento liquidar y pagar la prima del segundo semestre del 2015 y las vacaciones que disfrutó entre el 27 de enero y el 17 de febrero de 2015, solo le fue tenido en cuenta el salario básico. Al término del plazo inicialmente pactado ninguna de las partes manifestó su intención de no prorrogarlo por lo que se renovó por otro término igual de 6 meses hasta el 23 de agosto de 2016.

Refirió que, en vigencia del contrato de trabajo, el 18 de febrero de 2016 Pablo Fernando Simbaña vendió el establecimiento de comercio a Weitzen Jason Seth, pero continuó con la prestación de los servicios como administradora en las mismas condiciones inicialmente pactadas, allí, rindió informes al nuevo dueño y acató las órdenes que éste le impartió. Posteriormente, el 3 de agosto de 2016 Musicology Hostel fue vendido a Kager Jason quien también se benefició de sus servicios en el periodo en que estuvo vigente el vínculo.

Adujo que a pesar que para la época no fungía como propietario del establecimiento de comercio, el 8 de marzo de 2016 Pablo Fernando Simbaña Valencia, dio por terminado el contrato de trabajo a partir del 23 de marzo de 2016 al aducir como justa causa una grave indisciplina, actitud hostil y no haber prestado servicio desde el 28 de enero de 2016. A la finalización del contrato no le fue cancelado el salario correspondiente a la segunda quincena de marzo de 2016, ni la liquidación final. Aunque los citó a audiencia de conciliación ante el Ministerio de trabajo, no asistieron, tampoco le entregaron información sobre el incremento de rating en las páginas web (f.º 1 a 19).

Por auto del 15 de mayo de 2018 el Juzgado ordenó emplazar a los demandados Kager Jason y Weitzen Jason Seth (f.º 145, publicaciones 162) y el 1º de febrero de 2019 a Pablo Fernando Simbaña Valencia (f.º 177 publicaciones f.º 207). El curador *ad litem* al contestar manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones. En cuanto a los hechos, indicó no constarle ninguno. En defensa de los intereses de sus representados, propuso las excepciones de prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 217 a 226).

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

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de julio de 2020, absolvió a los demandados de las pretensiones elevadas en su contra. Se abstuvo de imponer condena en costas (f.º 82).

Como sustento de su decisión, determinó que la accionante no evidenciar que el 15 de septiembre de 2015 suscribió contrato a término fijo de seis meses para prestar servicios al establecimiento de comercio Musicology Hostel, en el que se registró como fecha de inicio el 24 de agosto de la misma anualidad. Concluyó que la actora no acreditó hasta que época Weitzen Jason Seth y Kager Jason, ostentaron la calidad de propietarios del establecimiento de comercio. Tampoco aportó pruebas que permitan establecer las condiciones en las que se dio la eventual sustitución patronal o si con la venta del negocio se presentaron relaciones laborales independientes con cada uno de los demandados. Señaló que no es posible tener como extremo final de la relación el de la carta de terminación del contrato, pues fue suscrita por quien no era el empleador y tampoco su representante, en consecuencia, al no estar probado hasta cuando se extendió el vínculo no es posible cuantificar condena alguna.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación al argumentar que las pretensiones no fueron analizadas de forma completa, pues con las subsidiarias se persigue se declare la existencia del contrato de trabajo con Pablo Fernando Simbaña Valencia como persona natural y que los otros dos demandados como propietarios posteriores del establecimiento de comercio respondan solidariamente. Aseguró que el Juzgado debió establecer el extremo final de la relación con el análisis de las pruebas a la luz de las pretensiones subsidiarias o tomar en consideración que la actora dejó de laborar el 23 de marzo de 2016.

Sostuvo que se encuentran probados los factores constitutivos de salario, razón por la cual las condenas deben ser calculadas en consideración a estos, ello, como quiera que los demandados no demostraron haber realizado el pago de las acreencias reclamadas. Adujo que el actuar de mala fe de los accionados se evidencia con su falta de comparecencia ante el Ministerio de Trabajo y a las audiencias surtidas en el presente proceso. Señaló que particularmente el demandado Pablo Fernando no acreditó haber afiliado a la trabajadora al fondo de cesantías, cancelado los intereses y la indemnización por despido injusto, dado que la pasiva no corroboró las justas causas que invocó para terminar el contrato. Finalmente, solicitó ordenar el pago de aportes a seguridad social.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar si entre Sandra Milena López Duran y el demandado Pablo Fernando Simbaña existió un contrato de trabajo a término fijo, por consiguiente, es procedente condenarlo a reconocer las acreencias laborales imploradas y declarar solidariamente responsables a los demás demandados.

##### **(i) De la existencia del contrato de trabajo.**

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que para que se estructure la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos a saber: *i)* la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; *ii)* la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el

tiempo de duración del contrato, y *iii*) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha decantado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado pruebe la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o ambas partes asignen al vínculo y menos atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin. En tal evento, resulta necesario que el juzgador acuda a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Para demostrar la prestación del servicio la promotora del juicio allegó contrato de trabajo a término fijo a 6 meses, firmado por el demandado Pablo Simbaña, en el que se verifica que el cargo ejecutado por ésta fue el de administradora, con una remuneración compuesta por un salario de \$1.000.000 y beneficios internos valorados en \$400.000, que incluían el hospedaje en una habitación privada, desayuno, cena, así como el descuento del 50% en consumos dentro del hostel. Adicionalmente, como no constitutivo de salario se pactó el pago del 10% de las utilidades netas calculados a fin de mes y un porcentaje por cada medio punto que subiera el rating según tabla de escala (f.º 16 a 19).

También obra formato de liquidación de prestaciones sociales firmado por Nohora Patricia Guevara Garzón, que señala los extremos laborales ya referidos, pero no contiene logotipo, ni identificación del empleador. En el acuerdo las partes dejaron consignado que la prestación del servicio inició el 24 de agosto de 2015 (f.º 34 a 36). Aportó correo del 8 de marzo de 2016 en que Fernando S. en el que indica a la demandante que su contrato finalizaría y se le dan dos opciones. La primera, salir de inmediato o la segunda, hacerlo en los 15 días siguientes, también se le pone de presente que desde que regresó de vacaciones no ha *“trabajado de modo correcto”* (f.º 40 y 41).

Igualmente, aportó comunicación firmada por Pablo Fernando Simbaña Valencia de 8 de marzo de 2016 con la cual se pone fin al vínculo laboral y se le informa que el mismo irá *“hasta finalizar la jornada de trabajo del día 23 de Marzo de 2016”* y se invocan como justas causas la actitud hostil en contra del empleador, los compañeros de trabajo y los huéspedes, la grave indisciplina y la prestación de servicios administrativos a terceros pese a estar prohibido (f.º 42). También arrimó al plenario los certificados de matrícula de establecimiento de comercio denominado Musicology Hostel, de los cuales se colige que el 15 de septiembre de 2015, Pablo Fernando Simbaña Valencia adquirió la propiedad, luego, la transmitió el 26 de enero de 2016 a Weitzen Jason Seth y según el último de los certificados expedido el 30 de marzo de 2017, la propiedad la ostenta Kager Jason (f.º 43 a 47).

En ese horizonte, analizadas en conjunto las pruebas obrantes en el plenario conforme el artículo 61 del Código de Procedimiento del Trabajo, estima la Colegiatura que es posible determinar que la demandante prestó servicios personales a Pablo Fernando Simbaña Valencia, al menos, entre el 24 de agosto de 2015 hasta el 8 de marzo de 2016, pues en esta calenda el empleador - persona natural - le comunicó su decisión de dar por terminado el vínculo con la opción de retirarse de inmediato o hacerlo el 23 del mismo mes y año, sin que por ningún otro medio de prueba la actora haya demostrado que entre el 8 y el 23 de marzo continuó con sus servicios personales.

De otro lado, del análisis conjunto de los medios de convicción se concluye que Sandra Milena López no acredita la prestación personal del servicio a los demandados Weitzen Jason Seth y Kager Jason, pues aunque está probado que el establecimiento de comercio paso de propiedad del empleador Pablo Fernando Simbaña al demandado Weitzen Jason Seth el 26 de enero de 2016 (f.º 44) y con posterioridad a Kager Jason (46 y 47), lo que es evidente es que quien continuó impartiendo órdenes e incluso tomó la decisión de finalizar el contrato fue la persona natural inicial. Además, la parte actora no probó que junto con la venta del establecimiento de comercio hubo cesión del contrato de trabajo con previa voluntad de la trabajadora, lo cual no puede ser presumido por la Sala, máxime cuando no existe prueba que verifique que la actora prestó servicios a los sucesivos propietarios, pues los documentos nada indican al respecto.

Así las cosas, lo procedente es declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia desde el 24 de agosto de 2015 hasta el 8 de marzo de 2016, tiempo durante el cual se insiste aparece acreditado la prestación del servicio.

#### **(ii) Del salario**

La accionante indica que percibió como remuneración \$1.000.000, así como otras sumas de dinero constitutivas de salario, por lo que las condenas deben ser liquidadas con la totalidad de dichos montos.

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

También la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia. Además, es un parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, expresó:

*En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).*

*Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.*

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a lo expuesto, se concluye que es salario «*todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte*», de lo que

sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se haga uso, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, por ello, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

Por tal motivo, no es válido para las partes que en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojen de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo ha considerado también la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en radicado n.º 39475, 13 jun. 2012, reiterada en SL12220-2017, en donde indicó que: *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*

Paralelamente, la misma Corporación en sentencia radicado n.º 35771 de 1º feb. 2011, acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

*Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.*

*Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.*

Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de *«desalarización»* solo pueden recaer sobre *«aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario»*, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o

vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, refirió:

*La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).*

*Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.*

*Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.*

*Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.*

La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la

naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: **1).** En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C. Pol), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. **2).** El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. **3).** Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. **4).** Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es. (CSJ SL986-2021).

Al descender al asunto puesto en consideración y analizar las pruebas obrantes en el plenario, se concluye que ninguna de ellas permite establecer que la accionante haya causado el pago de alguno de los conceptos indicados en el contrato de trabajo cuyo reconocimiento persigue. En efecto, no demostró qué productos consumió y estaban sujetos al 50% de descuento en el hostel, tampoco cuáles fueron las utilidades netas que mes a mes generó el establecimiento de comercio, para así poder determinar la comisión del 10% indicada en el contrato. Aún menos, acreditó cuál fue el porcentaje de incremento de los “*ratings*” en las páginas Tripadvisor y Hostelworld que le permitía tener derecho a un beneficio conforme a la tabla pactada.

Puestas las cosas de esta manera, resulta inocuo pasar a validar si estos conceptos fueron pactados como contraprestación periódica a los

servicios de la actora y, en consecuencia, constituían salario, pues lo cierto es que la accionante faltó al deber de demostrar que efectivamente recibió el pago de alguno de los conceptos señalados.

**(iii) De la liquidación de salarios y prestaciones.**

Como quiera que el contrato de trabajo se declara hasta el 8 de marzo de 2016, solamente se reconocerá el salario causado entre el 1º y el 8 de marzo de 2016, que asciende a \$266.666. A continuación, se corrobora en la siguiente tabla el valor del auxilio de cesantías y sus intereses, así como la sanción por no pago de intereses.

<i>Tabla Liquidación Crédito</i>	
<i>Auxilio Cesantías</i>	<i>\$ 541.666,67</i>
<i>Intereses Sobre las Cesantías</i>	<i>\$ 19.215,74</i>
<i>Indemnización por no pago de intereses a las cesantías</i>	<i>\$ 19.215,74</i>

De otro lado, como quiera que no se determinó que la demandante percibiera un salario superior a \$1.000.000, no es procedente impartir condena por concepto de mayor valor de la prima de servicios del segundo semestre de 20015 y las vacaciones disfrutadas.

**(iv) De la sanción por no consignación de las cesantías y sanción moratoria.**

Al respecto, dispone el artículo 65 del Código sustantivo de Trabajo que *“Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo (negrilla y subrayas fuera del texto original)*

Del anterior precepto legal, es dable concluir que la indemnización sólo procede ante la conducta omisiva del empleador de cancelar al trabajador a la finalización del contrato los salarios y las prestaciones sociales. Además, conforme a la jurisprudencia la misma no opera de

forma automática ni inexorable, pues, para su procedencia se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018).

En el asunto que ocupa la atención, se encuentra demostrado que aunque el vínculo laboral finalizó el 8 de marzo de 2016, la liquidación final de prestaciones sociales luego de transcurridos más de 5 años no ha sido solventada, sin que el demandado, quien estuvo representado por curador *ad litem* haya probado circunstancias que resulten demostrativas de buena fe. Por el contrario, lo que se acredita es que aunque enajenó el establecimiento de comercio en el que se ejecutaba la prestación de los servicios, éste continuó al frente del mismo, al menos por un periodo, sin que reconociera las acreencias a las que tiene derecho la promotora del juicio.

En el caso analizado, la relación laboral se extendió hasta el 8 de marzo de 2016 y la demanda fue interpuesta el 30 de junio de 2017(f.º 50), es decir, dentro de los 24 meses previstos en la norma citada, por lo que procede el reconocimiento en favor de la demandante un día de salario equivalente a \$33.333 (salario mensual \$1.000.000) por 24 meses, esto es, hasta el 8 de marzo de 2018, que equivale a \$24.000.000 y, a partir del 9 de marzo de 2018 deberá cancelar intereses liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera hasta que se verifique el pago de la obligación, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

En cuanto a la sanción por no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, también es viable como quiera que el demandado no probó haber consignado a un fondo las causadas entre el 24 de agosto al 31 de diciembre de 2015. Por ende, corresponde ordenar el pago de un día de salario entre el 15 de febrero de 2016 - día siguiente a aquel en que vencía el plazo máximo para depositarlas - y el 8 de marzo de 2016, data en que terminó el contrato, lo cual asciende a \$799.992.

**(v) De la indemnización por despido injusto**

Para dilucidar el asunto, se precisa que no es materia de discusión en esta instancia que el demandado Pablo Fernando decidió poner fin al vínculo de manera unilateral, para ello, expuso como razones la:

- “- Actitud hostil en mi contra llegando al punto de bloquearme de Whatsapp y rehusándose a cualquier tipo de comunicación.*
- Actitud hostil en contra de los compañeros de trabajo y huéspedes, los cuales en reiteradas ocasiones se han quejado sobre su actitud hacia los mismos*
- Grabar en medios digitales conversaciones sin conocimiento de la persona que está siendo grabada y luego intentar chantajear con sus contenidos.*
- Estos 3 ítems iniciales acogiéndose al artículo 62 del código sustantivo del trabajo: <<Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o **grave indisciplina** en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo>>*
- No prestar todas sus funciones el 28 de enero, día de la terminación de las vacaciones hasta la fecha.*
- En el contrato que usted firmó, en el artículo Tercero B, indica: <No prestar directa, ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores>> y tengo conocimiento que está prestando servicios administrativos a terceros”*

Probada la prestación terminación del contrato, el demandado es a quien corresponde acreditar las causas que invocó para poner fin a la relación laboral, lo cual no aconteció. En tal virtud, es viable la condena por concepto de indemnización correspondiente.

Toda vez que el contrato que unió a las partes lo fue a término fijo de 6 meses a partir del 24 de agosto de 2015, que se extendía inicialmente hasta el 23 de febrero de 2016 y como quiera que ninguna de las partes manifestó su intención de darlo por terminado antes del 23 de enero de 2016, se entiende prorrogado de manera automática por otros 6 meses que se cumplían el 24 de agosto de 2016. Así las cosas, en aplicación del literal 3º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, la indemnización es equivalente a los salarios de los 164 días que faltaban para cumplir el plazo de la renovación automática.

Periodo		No. Años Laborados	No. Días Indemnizacion	Salario Diario	Sanción
Desde	Hasta				
09/03/2016	23/08/2016	0,46	164	\$ 33.333.33	\$5.466.612
<b>Total indemnización</b>				<b>\$5.466.612</b>	

**(vi) De la prescripción**

En el presente asunto la relación laboral se extendió del 24 de agosto de 2015 al 8 de marzo de 2016, la demandante reclamó el reconocimiento de sus acreencias laborales con la presente demanda, interpuesta el 30 de junio de 2017 (f.º 50), esto es, dentro del término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, por lo que no operó el fenómeno extintivo.

**(vii) De la solidaridad**

Suplica el promotor la solidaridad prevista en el inciso segundo del artículo 34 del CST, el cual señala que *“El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”*.

Sin embargo, ninguna solidaridad legal habrá de declararse en este caso, toda vez que el demandante no acreditó por ningún medio que prestó servicios a Weitzen Jason Seth y Kager Jason o que estos se beneficiaron de su trabajo. Tampoco que exhibieran la calidad de contratistas o subcontratistas del demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia; menos que hubieren actuado como simples intermediarios o fueran socios en una sociedad de personas, comuneros o condueños de una misma empresa y estuvieran en indivisión (artículo 34 y 36 del CST).

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala revoca la sentencia apelada y, en su lugar, impone las condenas anunciadas.

No se causan costas en la apelación.

## V. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 10 de julio de 2020, para en su lugar, declarar que entre la demandante Sandra Milena López Durán y el demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia existió un contrato a término fijo que estuvo vigente a partir del 24 de agosto de 2015 al 8 de marzo de 2016.

**SEGUNDO: CONDENAR** al demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia a reconocer y pagar a la demandante los siguientes conceptos:

Salario 1º al 8 de marzo de 2016	\$266.666
Auxilio Cesantías	\$541,666
Intereses de Cesantías	\$19.215
Indemnización por no pago intereses de cesantías	\$19.215
Indemnización no consignación de cesantías	\$799.992.
Sanción moratoria artículo 65 CST	\$24.000.000
Indemnización despido sin justa causa	\$5.466.612

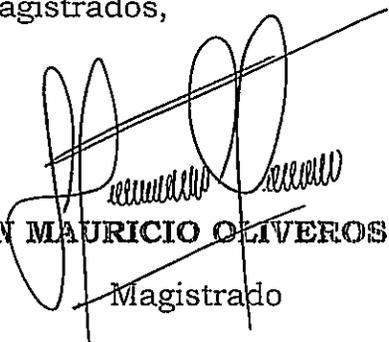
**TERCERO: ABSOLVER** al demandado Pablo Fernando Simbaña Valencia de las demás pretensiones elevadas en su contra.

**CUARTO: ABSOLVER** a los demandados Weitzen Jason Seth y Kager Jason de las pretensiones de la demanda.

**QUINTO:** 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



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 37 2019 00744 01  
**DEMANDANTE:** SANDRA PATRICIA TORRES YEPES  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 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 y nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual, por lo que tiene derecho a regresar al régimen de prima media. Se condene a Porvenir a trasladar los aportes con destino a Colpensiones y a este último a recibirlos. Se disponga a las demandadas a las costas del proceso y a reconocer los derechos en las facultades *ultra y extra petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inicio a cotizar para pensiones en el Seguro Social desde el 1° de agosto de 1997 hasta el año 2004 data en que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que al momento de la asesoría no le explicaron los verdaderos beneficios y riesgos de trasladarse de régimen, por lo que al no recibir la información adecuada decidió cambiarse al fondo privado.

Refirió que el 4 de septiembre de 2019 el fondo de pensiones le realizó una asesoría donde le explicaron que su mesada pensional sería entre 1 y 2 salarios mínimos, debido a que sus ahorros no le permiten tener una pensión más elevada. Finalmente, solicitó el traslado, lo cual fue negado. (f.º 1 a 10).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de traslado de régimen, la solicitud y su respuesta. En relación con los restantes, manifestó no ser ciertos o no le constaban. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe. (f.º 61 a 82).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de afiliación al Instituto de Seguro Social, el traslado a Porvenir y la reclamación administrativa junto con su respuesta. 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 prescripción, la presunción de legalidad de los actos administrativos, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 115 a 121).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de junio de 2021, declaró la ineficacia del acto jurídico del traslado realizado el 22 de junio de 2004 entre la AFP Porvenir y la demandante. En consecuencia, establecer que la afiliación válida corresponde al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, junto con los rendimientos financieros causados, bonos pensionales y costos cobrados por administración. Dispuso a Colpensiones

a admitir el traslado y a aceptar los valores remitidos por la AFP Porvenir S.A. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas al fondo privado. (f. º 142 y 143).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A tiene en su cabeza la carga de la prueba, por lo que no demostró haber brindado una asesoría e información necesaria para materializar el traslado de manera libre y voluntaria según el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ya que no es suficiente probar con el formulario de afiliación, ni mucho menos con el documento enviado al correo electrónico. Por consiguiente, conforme a la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia procede declarar la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen pensional.

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** argumentó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, por lo que cumplió con las obligaciones legales de asesoría vigentes para la data como lo era únicamente la suscripción del formulario, dado que es imposible demostrar el cumplimiento de deberes que no existían al momento del traslado. Frente al deber de información manifestó que también la accionante tiene que informarse sobre sus condiciones pensionales. Se opuso a la devolución de rendimientos y gastos de administración.

Por su parte, **Colpensiones** apeló que se no demostró en el proceso el engaño o situación particular que invalide el acto jurídico de afiliación. Indicó que el formulario de afiliación se suscribió bajo el principio de buena fe. Adujo que la demandante en su interrogatorio manifestó que nunca retornó a Colpensiones debido a su falta de interés. Refirió que se ve perjudicado la sostenibilidad del sistema financiero.

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

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 1 de febrero de 1968, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 26 años y sin semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 12 y 136). 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 22 de junio de 2004, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 84). Asimismo, no se aportó el reporte de Asofondos, por lo que no es posible verificar la fecha de efectividad.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se trasladó cuando se encontraba en los pasillos de la empresa a través de un asesor de Porvenir quien le indicó, por el término de 5 minutos, que era mejor estar en un fondo privado porque el seguro social se iba a acabar. Confesó que en septiembre de 2019 se acercó a las oficinas de Porvenir y allí le indicaron que su pensión sería de 1 salario mínimo cuando devengaba mensualmente un aproximado de \$14.000.000. No verificó la información dada por el asesor de Porvenir con Colpensiones y tampoco recibió información adicional diferente a los extractos.

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 aquí, 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 referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

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

No se causan costas en esta instancia.

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia apelada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *atención de rob.*

*37-2019-744-01*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: SANDRA PATRICIA TORRES YEPES  
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS  
RADICADO: 11001 31 05 037 2019 00744 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.

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada





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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 034 2018 00527 01  
**DEMANDANTE:** AURORA QUINTANA MARTÍNEZ  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre 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 Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 23 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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



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

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

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

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

## I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos. A Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez en aplicación de la Ley 797 de 2003. Asimismo, a las demandadas a pagar 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 junio de 1960 y empezó a cotizar en pensiones el 17 de enero de 1977. El 30 de noviembre de 1995 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el promotor de la AFP le informó que el Instituto de Seguro Social y que en el fondo privado podría pensionarse anticipadamente y con un monto mejor.

Señaló que el 21 de septiembre de 2009 y el 8 de febrero de 2010 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen, el que fue negado por no contar con 750 semanas cotizadas al 1º de abril de 1994. Luego, en el 2017 solicitó la anulación de la afiliación, la que fue negada en esta oportunidad por haber firmado el formulario de vinculación. Expuso que cotizó al ISS 769 semanas y a la AFP 1.088 y que ha cotizado con una base superior a dos salarios (f.º 26 a 36).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la actora, la afiliación al sistema de pensiones, las reclamaciones administrativas y sus respuestas. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la inexistencia de derecho al reconocimiento de una pensión de vejez, la excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 54 a 67).

Al contestar la **AFP Porvenir S.A.**, también se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la data de nacimiento de la actora y la de traslado de régimen, así como las comunicaciones emitidas por la AFP. Manifestó que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f. ° 104 a 122).

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

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 23 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, ordenó a **Protección S.A** trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizar la transferencia. A Colpensiones a recibir los dineros, efectuar los ajustes en la historia laboral, reconocer y pagar la pensión de vejez, por 13 mesadas pensionales, junto con el retroactivo pensional indexado desde la fecha de desafiliación del sistema y hasta la fecha en que verifique el pago. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de las demandadas (f. ° 249 y 250).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir S.A. no demostró que ofreció asesoría e información objetiva, suficiente y clara sobre los efectos del traslado, circunstancias que no alcanzan a acreditarse con la simple suscripción del formulario. Determinó que la accionante acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.**, imploró revocar la sentencia, dado que del interrogatorio se puede extraer que si brindó información suficiente y clara a la actora con base en la cual tomó la decisión de trasladarse de régimen de manera libre y voluntaria, por tanto, firmó el formulario, único documento que exigía la ley para ese momento. Alegó que no se probó la configuración de ningún vicio del consentimiento. Señaló que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues están previstos en la ley y con ellos la AFP ha realizado gestiones que le han permitido a la demandante obtener rendimientos, además porque se configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas.

**Colpensiones** suplicó revocar la sentencia de primera instancia por considerar que la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria, y en ese momento no tenía ningún derecho causado. Sostuvo que al reconocer la pensión de vejez, se afecta el fondo común, pues debe cubrir un derecho de una persona que no ha aportado al mismo.

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

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

#### **V. CUESTIÓN PREVIA**

Como cuestión previa advierte la Sala que el Juzgado impuso condenas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., la que no fue convocada al proceso. En consecuencia, para todos los efectos y a fin de evitar dilaciones o traumatismos en el buen adelantamiento del proceso, se tendrá que las condenas fueron impuestas en contra de Porvenir S.A. quien afilió al RAIS a la accionante, fue convocada al pre proceso e interpuso recurso de apelación.

## VI. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Colegiatura determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la accionante, por consiguiente, si tiene derecho a ser pensionada por parte de Colpensiones.

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

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

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro*

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

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

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

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

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

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

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

## **VII. 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 10 de junio de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 698,11 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 2 y 69). 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 30 de noviembre de 1995, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 123). El que se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de 1995 conforme al reporte emitido por Asofondos de folio 126.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que su jefe en horario laboral le llevó el formulario de afiliación para que lo firmara y le indicó que a todos los iban a pasar a Porvenir S.A.. Confesó que no se acercó con posterioridad a solicitar ningún tipo de información, que le llegaban extractos periódicamente y que siempre ha sido su deseo pensionarse con Colpensiones.

A solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Martha Stella Cuervo Cuervo, señaló que trabaja en Colsanitas desde 1993 y allí fue compañera de trabajo de la accionante, no obstante, indicó que no estuvo presente en el momento en que esta suscribió el formulario de vinculación.

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

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

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

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

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

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

### **(ii) 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 10 de junio de 2017 (f.º 2) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.300 semanas cotizadas (f.º 17 a 25 y 69 a 71), 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. Ahora, como quiera que la demandante no está llamada a sufrir las consecuencias negativas de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda es procedente ordenar la indexación del retroactivo si hubiere lugar al mismo.

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

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó vencida, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso a la AFP devolver los gastos de administración que descontó a la demandante mientras estuvo afiliado a este fondo y a reconocer la pensión de vejez.

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

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

### **VIII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 23 de marzo de 2021, en el sentido de aclarar que las condenas impuestas en contra de la

AFP Protección realmente están dirigidas en contra de la AFP Porvenir, como quedó explicado en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral cuarto de la sentencia analizada 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.

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

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *atrasación de voto  
solamente presunt de v. l.*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO y SALVAMENTO PARCIAL**

DEMANDANTE: AURORA QUINTANA MARTINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 034 2018 00527 01

**MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

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

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

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

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada





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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 34 2017 00768 01.  
**DEMANDANTE:** LUZ MARINA VELÁSQUEZ GUILLÉN  
**DEMANDADO:** COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre 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 Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de octubre de 2020.

#### **I. ANTECEDENTES**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato desde el 7 de marzo de 1994 hasta el 23 de febrero de 2017, por espacio suficiente para acceder a la pensión. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar pensión de vejez junto con los incrementos e indexación correspondiente. Subsidiariamente, ordenar el pago de la indemnización sustitutiva de conformidad con la Ley 100 de 1993 y pagar aportes a pensión desde septiembre de 2009 hasta el 23 de febrero de 2017.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de abril de 1948, prestó servicios a la demandada desde el 7 de marzo de 1994 hasta el 23 de febrero de 2017, la remuneración varió a lo largo de la relación y estuvo compuesta por un básico, auxilio extralegal y comisiones, devengó como último salario básico \$791.000 más comisiones. Adujo que estuvo



afiliada al sistema de seguridad social hasta el 4 de julio de 2006, fecha en la cual su empleadora la obligó a retirar las “cesantías” y le indicó que la empresa se iba a liquidar, la relación laboral se acabaría y no tenía otra opción por cuanto no alcanzaría la pensión, no obstante, la labor nunca se interrumpió, pero la empleadora desde el 4 de julio de 2006 hasta el 23 de febrero de 2017 no le realizó aportes al sistema de pensiones y le ocasionó un perjuicio al no permitirle seguir acumulando el capital necesario para financiar su pensión. El 27 de marzo de 2017 la demanda le negó el reconocimiento de la pensión de vejez (f.º 41 a 50 y 55 a 59 subsanación expediente digital).

Al contestar la demandada se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió únicamente el último salario cancelado a la accionante. En su defensa, propuso las excepciones transacción, cosa juzgada, la inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, la falta de título y causa del demandante, el enriquecimiento sin causa, el pago, la compensación, la buena fe, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 118 a 147 y 593 a 595 subsanación expediente digital)

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

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de octubre de 2020, absolvió a la demanda de las pretensiones elevadas en su contra (expediente digital).

Como sustento de su decisión, determinó que lo que se persigue en el presente proceso fue materia de transacción entre las partes, libre de vicios del consentimiento, por lo que operó el fenómeno de la cosa juzgada.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme la parte demandante imploró revocar la sentencia, para ello, argumentó que pese al momento de suscribir la transacción no medió error, fuerza o dolo, este acuerdo no puede comprender el pago de aportes

a pensiones por tratarse de derechos ciertos e indiscutibles y al amparo de la Ley 100 de 1993 irrenunciables. Alegó que, si bien retiró el saldo de la cuenta individual, ello no eximía al empleador de hacer las cotizaciones a pensión, pues se beneficiaba de su fuerza laboral. Sostuvo que el derecho a recibir la indemnización sustitutiva es imprescriptible y, tanto, ésta como la devolución de saldos están atados a criterios de equidad en el sistema y el mínimo de justicia material.

Sostuvo que la accionante quien se dedicaba a la asesoría comercial en pensiones actuó de buena fe, dado que ante la advertencia que le hicieron de que Colfondos se acabaría optó por la devolución de saldos.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar en primer lugar, si en el presente asunto ha operado la cosa juzgada en virtud de la transacción suscrita entre las partes o si la demandada tenía la obligación de realizar aportes a pensión en favor de la accionante desde el 4 de julio de 2006 hasta el 23 de febrero de 2017, por tratarse de un derecho cierto e irrenunciable.

Para abordar el análisis del problema jurídico se hace necesario poner de presente que de conformidad con los documentos obrantes en el plenario se encuentra acreditado que: **i)** las partes estuvieron unidas mediante un contrato de trabajo desde el 17 de marzo de 1994 hasta el 28 de febrero de 2003 (f.º 203 a 205. Contrato de trabajo y liquidación), fecha en la cual suscribieron acta de conciliación mediante con la que zanjaron cualquier diferencia (f.º 207 y 208); **ii)** los convocantes suscribieron nuevamente contrato de trabajo el 4 de julio de 2006 (f.º 209 a 218); **iii)** el 14 de julio de 2009 la demandante solicitó a la Coordinación de Beneficios de Citi Colfondos la devolución de saldos de pensión obligatoria (f.º 250) y el 7 de octubre de 2009 comunicó a Recursos Humanos de la misma AFP que el 11 de agosto de la misma anualidad le había sido entregada (f.º 251,

254 y 255); **iv)** además suscribió certificación en esta calenda en la que indicó que recibió la suma de \$65.477.670.38 correspondientes al bono pensional más los rendimientos y renunciaba a requerir posteriormente suma alguna por este concepto, *“Adicionalmente, soy consciente que tengo derecho a la devolución de saldos como quiera que no acredite los requisitos de ley para generar derecho a pensión”* (f.º 252) y, **v)** finalmente, el 23 de febrero de 2017 las partes de mutuo acuerdo decidieron ponerle fin al contrato de trabajo y suscribieron un Acta de Transacción (f.º 256, 257 y 420).

Ahora, en relación con la transacción señala el artículo 2469 del Código Civil, que es un contrato amistoso a que llegan las partes con el fin de terminar un litigio surgido entre ellas o para precaver un litigio eventual. A diferencia de la conciliación, la transacción no se realiza con la intervención de alguna autoridad, sino que basta la manifestación escrita de las partes que llegaron a un acuerdo sobre el punto litigioso o eventualmente litigio, para que esta tenga plena validez.

Por su parte, el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que en los asuntos del trabajo la transacción es válida salvo que se trate de derechos ciertos e indiscutibles. Por ello, no tendrá ningún valor la transacción que implique renuncia o menoscabo de aquellos derechos del trabajador sobre los cuales no pueda existir ninguna duda por haberlos contemplado la ley expresamente.

Así las cosas, existen unos presupuestos cuyo cumplimiento es indispensable para que proceda la aprobación de la transacción, esto es, que: **(i)** exista entre las partes un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; **(ii)** el objeto a negociar no tenga el carácter de un derecho cierto e indiscutible; **(iii)** el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, es decir, exenta de cualquier vicio del consentimiento, y **(iv)** lo acordado genere concesiones recíprocas y mutuas para las partes, eso sí, en tratándose de asuntos laborales, que no sean abusivas o lesivas de los derechos del trabajador.

Aquí conviene rememorar lo adoctrinado por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de los derechos ciertos e indiscutibles. En particular, la sentencia con radicación n.º 32051 de 2009, traída a colación en AL1761-2020, puntualizó que:

*“(...) esta Sala de la Corte ha explicado que (...) “el carácter de cierto e indiscutible de un derecho laboral, que impide que sea materia de una transacción o de una conciliación, surge del cumplimiento de los supuestos de hecho o de las condiciones establecidas en la norma jurídica que lo consagra. Por lo tanto, un derecho será cierto, real, innegable, cuando no haya duda sobre la existencia de los hechos que le dan origen y exista certeza de que no hay ningún elemento que impida su configuración o su exigibilidad. Lo que hace, entonces, que un derecho sea indiscutible es la certeza sobre la realización de las condiciones para su causación y no el hecho de que entre empleador y trabajador existan discusiones, diferencias o posiciones enfrentadas en torno a su nacimiento, pues, de no ser así, bastaría que el empleador, o a quien se le atribuya esa calidad, niegue o debata la existencia de un derecho para que éste se entienda discutible, lo que desde luego no se correspondería con el objetivo de la restricción, impuesta tanto por el constituyente de 1991 como por el legislador, a la facultad del trabajador de disponer de los derechos causados en su favor; limitación que tiene fundamento en la irrenunciabilidad de los derechos laborales consagrados en las leyes sociales” (Sentencia del 14 de diciembre de 2007, radicación 29332). (Subraya fuera del texto)*

Al amparo de lo expuesto, una vez revisado el documento de folios 256 y 257, denominado “ACTA DE TRANSACCIÓN” se advierte que las partes dejaron consignado que:

*“1. Las partes, en pleno uso de sus facultades y de manera libre y espontánea, por mutuo acuerdo han decidido dar por terminado el contrato de trabajo que los unió desde el 4 de julio de 200, terminación que se hará efectiva de manera pura y simple a partir de la finalización de la jornada laboral del 23 de febrero de 2017, de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 61 del Código Sustantivo de Trabajo.*

*2. Por otra parte, de manera independiente y autónoma el EMPLEADOR ha decidido conceder al TRABAJADOR la suma transaccional por los servicios prestados, por valor de veinte millones de pesos (\$20.000.000)....*

*(...)*

*4. Teniendo en cuenta lo anterior el TRABAJADOR manifiesta de forma libre de cualquier apremio, que COLFONDOS S.A.PENSIONES Y CESANTÍAS canceló conforme a la ley y a lo convenido entre las partes, la totalidad de salarios, recargos por trabajo en días de descanso obligatorio, descansos compensatorios, auxilios legales y extralegales de cualquier tipo,*

*bonificaciones, ajuste a salario, vacaciones legales y extralegales de cualquier tipo, bonificaciones, cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y extralegales cuando a ello había lugar beneficios extralegales, dotaciones, descansos compensatorios, todo lo cual fue recibido a entera satisfacción por el TRABAJADOR.*

**5. De la misma forma, el TRABAJADOR manifiesta que COLFONDOS S.A.PENSIONES Y CESANTÍAS, se encuentra a PAZ Y SALVO por todo concepto derivado del contrato de trabajo que existió entre las partes”** (Negrilla fuera del texto)

Ahora, al contestar el escrito genitor, la demandada confesó que a partir del momento en que la accionante le comunicó que recibió la devolución de aportes, dejó de cotizar en favor de la trabajadora al sistema de pensiones por no estar obligada y mantuvo la cotización para los sistemas de salud y riesgos laborales, lo que se verifica con los desprendibles de pago allegado a folios 336 a 419 del expediente digital.

Bajo este panorama, se advierte que a pesar de que en las relaciones contractuales por excelencia prima la autonomía de la voluntad, esa libertad en las relaciones laborales se encuentra limitada por los principios tuitivos del derecho del trabajo y de la seguridad social - que propenden por garantizar los derechos y prerrogativas mínimas del trabajador - quien dada su condición de subordinado se convierte en la parte más débil de la relación laboral. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido como uno de los principios rectores del derecho del trabajo, la irrenunciabilidad a las prerrogativas mínimas previstas en normas laborales a fin de evitar que el trabajador se prive, por desconocimiento o por presiones del empleador, de beneficios mínimos consagrados en su favor.

En esa línea de protección del trabajo humano, se verifica el artículo 53 de la Constitución Nacional. Igualmente, el Código Sustantivo del Trabajo señala que los derechos y prerrogativas estipulados en sus disposiciones, «*contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores*» (artículo 13), en tal virtud, dispone que cualquier estipulación que afecte o desconozca esos mínimos “*no produce efecto alguno*” y, bajo la concepción de orden público (artículo 14), determina que

los derechos y prerrogativas contenidos en esa codificación son irrenunciables, “*salvo los casos expresamente exceptuados por la ley*”.

Bajo estos derroteros la cotización a pensiones se constituye en un derecho mínimo, cierto e irrenunciable del trabajador y una obligación legal del empleador que escapa al alcance de la transacción, por ende, la enunciación del trabajador en el acta de transacción que el empleador se encuentra a paz y salvo por todo concepto derivado del contrato de trabajo no impide bajo el principio de irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social y primacía de la realidad sobre la formas (art. 48 y 53 de la Constitución Nacional) reclamar ante el juez laboral la verificación de aportes en el régimen de pensiones.

De otro lado, no pasa por alto la Colegiatura que Colfondos Pensiones y Cesantías reconoció y efectivamente pagó a la demandante la devolución de saldos que comprendió tanto las cotizaciones a la cuenta individual como el bono pensional al no acreditar los requisitos para acceder a pensión de vejez en el régimen de ahorro individual. No obstante, ello no se configura en causal válida para que en calidad de empleadora la misma entidad haya dejado de pagar los aportes a pensión, pues, la promotora no disfrutaba de pensión, además conforme a la cobertura regulada en la Ley 100 de 1993, podía verse abocada a un siniestro de invalidez o sobrevivientes cuyo amparo estaría a cargo de la AFP.

Tampoco puede olvidarse conforme a la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados al mismo (CSJ SL514-2020, que reiteró la SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

Aquí hay que precisar que según confesó la demandada dejó de realizar las cotizaciones en agosto de 2009 y la relación se extendió hasta el 2017, es decir, que la trabajadora estuvo desamparada para esas contingencias por largo periodo y la Colegiatura desconoce si cualquiera de

estos riesgos se concretó, por lo que no es posible de entrada ordenar la devolución de aportes en mora y será la AFP la que deba determinar la prestación a la que tenga derecho la accionante.

Así las cosas, se ordenará a la demandada en calidad de empleadora pagar los aportes adeudados más los intereses de mora pertinentes (art. 23 Ley 100 de 1993) a partir del 1º de septiembre de 2009 hasta el 23 de febrero de 2017, por lo que resulta procedente revocar la sentencia de primera instancia.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Sala revoca la decisión analizada, para proceder a imponer las condenas anunciadas.

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

## **V. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 28 de octubre de 2020, para en su lugar, condenar a la demandada en calidad de empleadora a cancelar con destino a la cuenta de ahorro individual del fondo de pensiones obligatorias de la cual es titular la señora Luz Marina Velásquez Guillen, los aportes correspondientes a los periodos comprendidos entre el 1º de septiembre de 2009 y el 23 de febrero de 2017, más los intereses de mora pertinentes, para que la demandante solicite ante la AFP la prestación a que haya lugar, conforme a la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** Sin COSTAS en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 033 2018 00184 01  
**DEMANDANTE:** GLADYS ELISA SALAMANCA BENITEZ  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE  
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR  
S.A. Y COLFONDOS S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre 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 11 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 nulidad del traslado y de la afiliación con Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos y Porvenir a trasladar a Colpensiones todos los aportes, junto con sus rendimientos. A Colpensiones a activar la afiliación en el régimen de prima media y recibir el traslado de recursos. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1º de marzo de 1960 y se afilió al Seguro Social el 25 de marzo de 1983. Adujo que en noviembre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de Colfondos S.A., sin que se le haya brindado la información completa de ventajas y desventajas. Finalmente, que solicitó la nulidad de traslado, lo cual fue negado. (f.º 2 y 3).

Al contestar **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante, la de traslado de régimen, la petición y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio. (f.º 72 a 81).

Por su parte, la AFP **Colfondos S.A.**, se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la afiliación al régimen de ahorro individual, la solicitud presentada junto con su respuesta. En cuanto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de validez de la afiliación al Rais con Colfondos, Buena fe, Prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A. y las demás oficiosamente declarables. (f.º 121 a 128).

Al dar respuesta a la demanda, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio de la accionante. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción,

prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f.º 156 a 181).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Teinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 11 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado realizado por la promotora del régimen de prima media al de ahorro individual administrado por Colfondos S.A. En consecuencia, ordenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los valores existentes en la cuenta de ahorro individual junto con los intereses, rendimientos y cuotas de administración. Dispuso a la AFP Colfondos y Porvenir S.A. al traslado de las cuotas de administración a cargo de su propio patrimonio. A Colpensiones a recibir el traslado de los dineros. Declaró no probadas las excepciones propuestas y ordenó a las AFP pagar las costas del proceso (f.º 255 y 256).

Como sustento de su decisión, señaló que no se le informó a la demandante las características y diferencias de los regímenes, así como las consecuencias del traslado. Adujo que no existen actos de relacionamiento. Finalmente, que la suscripción del formulario de afiliación y recibir los extractos de la cuenta de ahorro no permiten suponer el cumplimiento del deber de información.

## 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 tenía el deber de informar las consecuencias de cambio de régimen como quiera que no intervino en el traslado. Además, que la devolución de los gastos de administración no proceden, pues los mismos tienen una destinación legal específica. Finalmente, apeló la condena en costas.

A su turno, **Colpensiones** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues la demandante no tiene régimen de transición y no se le

generó ningún perjuicio a sus derechos. También, que existe una carga desproporcionada de la prueba a los fondos privados, al exigirles demostrar el cumplimiento del deber de información.

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

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

administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, 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 historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 1º de marzo de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y 209,86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 43 y 61). 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 30 de septiembre de 1997, así se observa de reporte emitido por Asofodos (f.º 194). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos S.A. desde el 1º de noviembre de 1997 hasta el 31 de agosto de 1999, en Horizonte desde el 1º de septiembre de 1999 hasta el 30 de abril de 2000, en Porvenir desde el 1º de mayo de 2000 hasta el 30 de abril de 2001, en Horizonte desde el 1º de mayo de 2001 hasta el 31 de octubre de 2001, en Povenir desde el 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de enero de 2003 y desde el 1º de febrero de 2003 hasta el 28 de febrero de 2011. (f.º194).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que es abogada especialista en derecho penal, por lo que en 1997 mientras trabajaba como juez en Choconta se trasladó a Colfondos porque un asesor le indicó mejores beneficios económicos. Confesó que firmó el formulario de afiliación sin leerlo y no recuerda haber regresado a Colfondos.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación, 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 Colfondos 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.

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 debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia también 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.

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, esta Corporación le dispuso a la AFP devolver los gastos de administración que descontó al demandante mientras estuvo afiliado a este fondo.

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 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.

**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

Radicación n.º 110013105 33 2018 00184 01.

*Angela Lucia Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *Asesoramiento de voto*  
*33-2018-00184-01*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** GLADYS ELISA SALAMANCA BENITEZ

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, Y OTROS.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 033 2018 00184 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 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

*“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto<sup>1</sup>.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 31 de agosto de 2021.

---

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 30 2019 00821 01  
**DEMANDANTE:** BELEN ETELVINA CACERES FORERO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 23 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**

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado y nulidad del cambio de régimen de prima media al

de ahorro individual efectuado por Protección S.A. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos. A Colpensiones a recibir el traslado de recursos. Subsidiariamente, la nulidad del traslado. Finalmente, las facultades *ultra y extra petita* más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 26 de septiembre de 1960 y comenzó a cotizar en el régimen de prima media el 12 de octubre de 1984. Adujo que el 22 de febrero de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A., la cual no suministró la información clara y precisa de las características y diferencias de los regímenes. Advirtió que la mesada pensional es más alta en el régimen de prima media. Finalmente, que solicitó la nulidad de traslado, lo cual fue negado. (f.º 107 a 110).

Al contestar la AFP **Protección S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento de la demandante, la del traslado, la petición y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y las declarables oficiosamente (f.º 134 a 145).

Por su parte, **Colpensiones** se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la data de nacimiento de la demandante, la afiliación al régimen de ahorro individual, la solicitud presentada al fondo junto con su respuesta. En cuanto a los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y las demás declarables de oficio.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 23 de abril de 2021, declaró ineficaz el traslado de régimen que realizó la demandante del Seguro Social a la AFP Protección S.A. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del fondo. Dispuso a Colpensiones a actualizar la información en la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas y ordenó a la AFP pagar las costas del proceso (f.º 149 y 150).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no cumplió con el deber de información. Además, que del interrogatorio de parte no se acredita el suministro de información clara y precisa de las características y diferencias de los regímenes pensionales. Finalmente, que el solo formulario de afiliación no da lugar a acreditar cumplido el deber de información.

## III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Protección S.A.** imploró revocar la condena por gastos de administración dado que los mismos no tienen un origen en la mesada pensional y la administración se efectuó en debida forma.

A su turno, **Colpensiones** suplicó revocar la decisión de primera instancia, pues la promotora se afilió de manera voluntaria al régimen de ahorro individual y de conformidad con el interrogatorio de parte no quiso retornar por negligencia propia. Además, se juzga la conducta del fondo privado de conformidad con normas inexistentes.

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

## **V. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, 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 26 de septiembre de 1960, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 33 años y 137,57 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 11 y 13). 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 1º de abril de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 42). El cual se hizo efectivo en la misma calenda.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que mientras laboraba en la Superintendencia un funcionario de la AFP llegó a las instalaciones y se acercó a su puesto y le indicó en una charla breve que el Seguro Social se iba a acabar y que era más rentable la pensión en el fondo privado. Confesó que recibe extractos hace 3 años y que el traslado fue de manera libre y voluntaria.

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

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

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

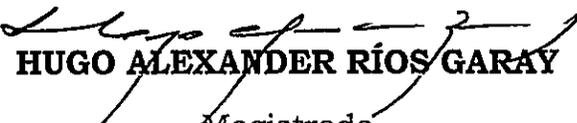
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia apelada.

**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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *atenciones de voto*  
*30-2019-00821-01*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** BELEN ETELVINA CACERES FORERO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, Y OTROS.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 030 2019 00821 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 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

*“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto<sup>1</sup>.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 31 de agosto de 2021.

---

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 030 2019 00701 01  
**DEMANDANTE:** WILLIAM RODRÍGUEZ URIBE  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS  
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 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

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene el retorno automático y se reactive la afiliación a Colpensiones. Se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, gastos de administración, frutos e intereses junto con los rendimientos. A Colpensiones a reconocer y pagar debidamente indexada pensión de vejez a partir del 9 de julio de 2017 al amparo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con los intereses moratorios. Asimismo, se disponga a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra y extra petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de julio de 1955 y cotizó 785 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde septiembre de 1982 hasta diciembre de 1997. Adujo que en abril de 2001 promotores de Porvenir S.A. le ofrecieron mayores beneficios y garantías pensionales si se trasladaba al fondo, como acceder a su pensión a una edad más temprana y con una cuantía superior, dado que el ISS sería reformado y se incrementarían los requisitos para acceder a la prestación de vejez, pero no le brindó información clara, puntual y suficiente sobre las características del fondo, sus ventajas y desventajas, no le realizaron proyección pensional, ni le pusieron al tanto sobre los aportes voluntarios.

Refirió que de conformidad con las proyecciones pensionales que le han sido realizadas en el fondo privado la mesada pensional sería de \$2.670.950, entre tanto, en Colpensiones ascendería \$3.512.700. Manifestó que cuenta con más de 62 años y más 1.414 semanas cotizadas. Finalmente, que le fue negada la solicitud de anulación del traslado (f.º 66 a 81).

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó no ser ciertos o no

constarle. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f. º 1105 a 155).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó el natalicio del actor, la fecha e afiliación al Instituto de Seguro Social, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, la responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, el juicio de proporcionalidad y ponderación, la prescripción y caducidad, la inexistencia de la obligación, la presunción de legalidad de los actos administrativos, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f. º 180 a 187)

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de mayo de 2021 declaró nulo e ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. efectivo a partir del 1º de mayo de 2001 y válidamente vinculado a prima media. En consecuencia, condenó al fondo privado a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios de la administradora e indexados. Dispuso a Colpensiones una vez ingresen los valores de la cuenta individual actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir. (f. º 201 a 204).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al demandante asesoría necesaria, clara, completa y comprensible para que el traslado fuera el resultado de un consentimiento informado.

## III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recursos de apelación.

La AFP **Porvenir S.A.** suplicó revocar la sentencia, pues cumplió con los requisitos que la ley exigía para la data en que se produjo el traslado, esto es, el diligenciamiento del formulario de afiliación en el cual quedaron consignadas las implicaciones del traslado. Argumentó que no es procedente la devolución de gastos de administración como quiera que fueron descontadas por disposición legal, con ellas se cubrió la gestión de la administradora y el pago de seguros previsionales, además porque son rubros que no integran el capital necesario para financiar la pensión por lo que son susceptibles de prescribir.

A su turno, **Colpensiones** imploró revocar la decisión de primera instancia dado que se probó que el demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación y no se configuró algún vicio del consentimiento. Señaló que no es jurídicamente viable exigir a las AFP demostrar condiciones de asesoría distintas a las previstas en la ley en el momento en que se configuró el traslado. Expuso que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal de regresar a prima media en razón de la edad.

#### **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 de ahorro individual efectuado por el actor.

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

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

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

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

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

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, 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 9 de julio de 1955, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 38 años y cotizó 146,11 semanas a Colpensiones (f. º 11, 187 reverso y 198 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que no puede establecerse con certeza, pues no fue allegado formulario de afiliación, tampoco reporte de Asofondos. En todo caso, no existe duda de

la afiliación actual del accionante al fondo privado, ni de las cotizaciones que allí ha realizado.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que en el año 2001 a su lugar de trabajo se acercó un promotor de Porvenir quien le indicó que el Estado no estaba en capacidad de sostener al Instituto de Seguros Sociales, por ello, su mejor opción era trasladarse al fondo privado donde obtendría una mejor pensión, además su esposa e hijos recibían la pensión si él fallecía, argumentos por los que se trasladó de manera voluntaria. Indicó que la AFP le informó que no podía pensionarse porque no contaba con la información de los aportes a Cajanal.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen 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). No obstante, en el presente asunto ni siquiera fue aportado el referido documento.

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

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

Ahora bien, como quiera el Juzgado declaró nulo e ineficaz el traslado, 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 tal como lo ha vertido la jurisprudencia laboral.

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

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

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

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

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

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de mayo 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 declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *actuación de voto*  
30-2019-00701-01

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** WILLIAM RODRIGUEZ URIBE

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, Y OTROS.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 030 2019 00701 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 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

*“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto<sup>1</sup>.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 31 de agosto de 2021.

---

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 029 2020 00074 01  
**DEMANDANTE:** JULIO ALFONSO SANTAFE RAMOS  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,  
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, OLD  
MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE  
PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

### **SENTENCIA**

En grado jurisdiccional de consulta estudia la Sala la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de febrero de 2021.

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

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

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

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

## I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A, asimismo, de las afiliaciones o traslados horizontales. En consecuencia se condene a la AFP Porvenir S.A. a entregar a Colpensiones los bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en cuenta individual con el respectivo cálculo actuarial de los rendimientos financieros, intereses, comisiones y gastos de administración. Se ordene a Colpensiones recibir la afiliación sin solución de continuidad a prima media y la totalidad de los aportes. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de enero de 1957 y cotizó 654 semanas al Instituto del Seguro Social desde 1º de febrero de 1982 al 30 de junio de 1999, se trasladó el 1º de julio de 1999 de régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos. Adujo que promotor comercial del fondo privado le indicó que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer, que en el RAIS obtendría una mesada pensional superior y de manera anticipada, pero no le informó sobre la posibilidad de retractarse de su decisión, tampoco le brindó información suficiente, clara, oportuna y transparente sobre las ventajas y desventajas de cada régimen. Refirió que se trasladó horizontalmente a las AFP Old Mutual y Porvenir de las que tampoco recibió información.

Adujo que actualmente ha cotizado más de 1.693 y que la AFP le realizó proyección según la cual en el RAIS la mesada pensional sería de \$5.299.400 al cumplir los 62 años. Finalmente, que reclamó ante las administradoras el cambio de régimen, que fue negado (f. ° 79 a 90).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio del accionante, la fecha de afiliación al Instituto de Seguro Social, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones prescripción y caducidad, la inexistencia

del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las declarables oficiosamente (f. º 126 a 133).

Al contestar la AFP **Skandia S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento y el traslado horizontal entre AFP. Manifestó no constarle los restantes. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe, el pago y las demás declarables oficiosamente. (f. º140 a 147).

La AFP **Porvenir S.A.** rechazó las súplicas. En cuanto a los hechos, aceptó el natalicio del demandante, la proyección pensional y la solicitud de anulación del traslado. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de acusa e inexistencia de la obligación y la buena fe. (f.º 175 CD expediente digital).

Al contestar la AFP **Colfondos S.A.** se allanó a la totalidad de las pretensiones. (f.º 109).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 18 de febrero de 2021 declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colfondos S.A. realizado el 24 de mayo de 1999 y que para todos los efectos legales, nunca se trasladó y siempre permaneció en prima media. En consecuencia, ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones y rendimientos, para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Dispuso a Colpensiones recibir todos los valores y a actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer condena en costas (f. º256 a 258).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al demandante información clara y completa sobre las características de cada régimen y las consecuencias del traslado que le permitieran tomar una decisión informada.

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

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

### **IV. CONSIDERACIONES**

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

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.

## V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 20 de enero de 1957, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 37 años y 396,68 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º3 y 125 CD expediente administrativo). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 24 de mayo de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 4). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colfondos del 1º de julio de 1999 al 31 de julio de 2002; a Skandia S.A. el 1º de agosto de 2002 al 30 de abril de 2007; y a partir del 1º de mayo de 2007 en adelante a la AFP Porvenir S.A (f.º 175 CD expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que se trasladó al régimen de ahorro individual con la convicción que el Instituto de Seguros Sociales atravesada una situación económica difícil y no había garantía que se pensionaran, entre tanto, en el RAIS se pensionaría de manera anticipada y con un monto mayor, razón por la cual además realizó traslados entre administradora, pues buscó siempre una mayor rentabilidad. Adujo que al cumplir 62 años la AFP le informó el monto de su pensión lo que lo motivó a adelantar el presente proceso. Confesó que recibió extractos de los fondos privados donde podía ver los aportes mensuales.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada o la referencia que el fondo público era inestable, 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. al cual se encuentra actualmente afiliado deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará el fallo analizado, en el sentido de condenar a la AFP

Porvenir a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dicho fondo privado.

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

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

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

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

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

## VI. DECISIÓN

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

### RESUELVE

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 18 de febrero de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado.

**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia para condenar a las AFP Colfondos S.A. y Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliado a dichos fondos privados.

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

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

**QUINTO:** Sin COSTAS en la consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,



**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

Magistrado



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

Magistrado



**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *relacion de rotó*  
*029-2020-00074-01.*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

DEMANDANTE: JULIO ALFONSO SANTAFE RAMOS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2020 00074 01

**MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, SL1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga

probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado.

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 29 de julio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

*“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto<sup>1</sup>.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 29 de julio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 29 de julio de 2021.

---

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 29 de julio 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 LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 29 2019 00625 01  
**DEMANDANTE:** DIANA MARIA ESPAÑA CAMARGO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de marzo de 2021. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

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



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

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

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

## I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual realizado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo en cuenta individual incluidos aportes, gastos de administración, rendimientos, frutos e intereses, además a pagar 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional descrita en el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993. A Colpensiones aceptarla en prima media como si nunca hubiera existido 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 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir el 19 de febrero de 1999. Adujo que el promotor del fondo le indicó que al trasladarse no perdería los beneficios pensionales de prima media, pero no le suministró información consistente, veraz y objetiva respecto de las implicaciones de su decisión, tampoco le realizó simulación del valor pensional. Finalmente, que solicitó el traslado de régimen, pero las demandadas lo negaron (f.º 43 a 57).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la vinculación laboral de la accionante, la reclamación administrativa y respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, formuló las excepciones de prescripción y caducidad, la inexistencia del derecho y de la obligación, el cobro de lo no debido, la buena fe y las demás declarables oficiosamente (f.º 81 a 88).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, únicamente admitió la solicitud de desvinculación y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de la nulidad, cobro de lo no debido

por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f. º171 a 197).

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

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 8 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado por la accionante a través de la AFP Porvenir el 1º de marzo de 1999, que para todos los efectos legales no cambió de régimen y permaneció en prima media. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones en el término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación como cotizaciones y rendimientos sin lugar a descuento alguno. A Colpensiones a recibir los dineros y actualizar la historia laboral. Se abstuvo de imponer costas (f.º 221 y 222).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado información clara, precisa y oportuna a la demandante sobre las implicaciones de su decisión, por lo que no es posible predicar que medió consentimiento informado de la accionante. Señaló que la sola firma del formulario no es prueba suficiente de tal hecho, por lo que al seguir la línea jurisprudencial sentada por la H. Corte Suprema de Justicia es procedente declarar la ineficacia de la afiliación.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme Colpensiones suplicó condenar a la AFP Porvenir a devolver los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio.

## **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 agosto de 1963, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 69,57 semanas cotizadas a Colpensiones (f. º17 y 80 CD expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 19 de mayo de 1999, pues así se observa en reporte generado por Asofondos del cual se desprende que el cambio se hizo efectivo el 1º de junio de 1994. Debe hacerse claridad a que el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. tiene fecha del 19 de febrero de 1999, sin embargo, no fue tramitado en ese momento (f.º89).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época en que laboraba en la clínica Valle del Lili, como enfermera coordinadora, la llamaron desde talento humano para que asistiera a un lugar en el cual estaban promotores del fondo privado, allí le hicieron entrega de un formulario previamente diligenciado, verificó que los datos personales estuvieran correctos y lo suscribió. Aseguró que no recibió información de ningún tipo, solo se rumoraba que el ISS se iba a acabar y que se perderían sus aportes. Adujó que se acercó a la AFP cuando ya estaba por cumplir la edad para pensionarse y se dio cuenta que la mesada pensional era muy baja, aceptó también que recibe extractos, pero en ellos solo verifica que los aportes realizados por el empleador.

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

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

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

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

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

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

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

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

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de marzo de 2021, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente indexadas las sumas de dinero que hubiese descontado por conceptos de gastos de administración mientras la demandante estuvo vinculada a dicho fondo.

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

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

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *asociada de voto*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** CARLOS AUGUSTO RANGEL ANGARITA

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 029 2019 00625 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 25 de junio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

*“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto<sup>1</sup>.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de junio de 2021.

---

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 28 2019 00833 01  
**DEMANDANTE:** LUZ ADRIANA SUAREZ CORREDOR  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre 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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 8 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

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 de los cambios horizontales efectuados entre distintas AFP, para entenderse afiliada siempre a prima media. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo de la cuenta individual junto con los rendimientos, intereses, frutos y gastos de administración. 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 cotizó al Instituto de Seguro Social desde el 7 de septiembre de 1977 al 31 de julio de 1997. El 1º de septiembre de 1997 se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. Adujo que el promotor de la AFP le indicó que el Instituto de Seguro Social se iba acabar y que podía perder los aportes que había realizado, pero no le suministró información clara, completa y fehaciente de las consecuencias legales y económicas del cambio de régimen pensional. Finalmente, que las demandadas negaron su solicitud de traslado (f.º 4 a 15).

Al contestar la **AFP Porvenir S.A.**, se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó únicamente la solicitud de la demandante. Manifestó que no le constaban o no eran ciertos los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 51 CD).

Al dar respuesta **Colpensiones** también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la afiliación al Instituto de Seguro Social, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones hecho de la víctima/afiliado, el perfeccionamiento del acto inexistente, el saneamiento nulidad, la protección sostenibilidad fiscal y

equilibrio financiero, la inexistencia del derecho, el pago de lo no debido, la y las demás declarables oficiosamente (f.º 53 CD).

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

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 8 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual del 8 de julio de 1997 a través de la AFP Porvenir S.A., en consecuencia, declaró válida la afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones y bonos con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación y actualizar su historia laboral de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de las demandadas. (f.º 59 y 60).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que brindó a la demandante al momento del traslado información suficiente, clara, completa y comprensible sobre las implicaciones de su decisión, no obstante ello no aconteció en el proceso.

## **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** suplicó revocar la sentencia, al argumentar que la suministró información clara y suficiente a la demandante de las características del RAIS, además le fue realizado un estudio detallado de su futuro pensional conforme a las circunstancias particulares a la fecha del traslado. Aseguró que cumplió con los deberes que la Ley le imponía al momento del cambio de régimen. Sostuvo que conforme al interrogatorio de parte la demandante sí conoce las características del fondo privado,

sabe que se han generado rendimientos en su favor y la posibilidad de que sus recursos formaran parte de la masa sucesoral.

Adujo que la accionante nunca buscó información acerca del acto jurídico del traslado, por lo que incumplió con las obligaciones que como consumidor financiero tiene a su cargo, De otro lado, argumentó que no es procedente ordenar la devolución de los gastos administración y seguros provisionales, porque fueron descontados por mandato legal y destinadas a cubrir la correcta administración y los seguros previsionales.

**Colpensiones** por su parte solicita revocar en su totalidad la sentencia, ya que se evidenció que la parte actora tuvo vocación de permanecer en el RAIS, toda vez que realizó múltiples conductas de relacionamiento y se configuró el perfeccionamiento del acto ineficaz, pues la demandante no realizó manifestaciones de inconformidad de su traslado. Argumentó que el monto de la pensión no es argumento válido para solicitar el traslado, máxime porque no se probó la afectación a la actora.

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

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## **VI. CASO CONCRETO**

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 8 de agosto de 1959, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 34 años y cotizó 713,86 semanas a Colpensiones (f.º 20 y 53 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 8 de julio de 1997, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. (f.º 51 CD pruebas f.º57). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Horizonte S.A. del 1º de septiembre de 1997 al 31 de diciembre de 2013 y a partir del 1º de enero de 2014 en adelante a Porvenir S.A (f.º 51 CD pruebas f.º2).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en el año 1997, a su lugar de trabajo se presentó un promotor de Horizonte que le manifestó que era más conveniente trasladarse porque en el fondo privado la pensión sería mayor al salario que devengaba y accedería a ella a una edad inferior a la prevista en la norma, argumentos que la llevaron a firmar el formulario voluntariamente. Adujó que en el 2012 solicitó a Horizonte el traslado de régimen, el cual fue negado porque le faltaban 8 años para cumplir la edad para pensionarse. Confesó que siempre ha recibido extractos y en ellos ha observado que sus aportes han generado rendimientos. También, que el monto de la pensión que le ofrece el fondo privado la llevó a iniciar el presente proceso.

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura 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 8 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 analizada

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

*Angela Lucia Murillo Varón*  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *actuación de voto.*

*228-2019-00833-01*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LUZ ADRIANA SUAREZ CORREDOR

**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 028 2019 00833 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 25 de junio de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

*“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto<sup>1</sup>.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre de 2021, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión que se reitera es la misma que se proyectó para el 25 de junio de 2021.

---

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 25 de junio de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



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

**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

**Magistrado ponente**

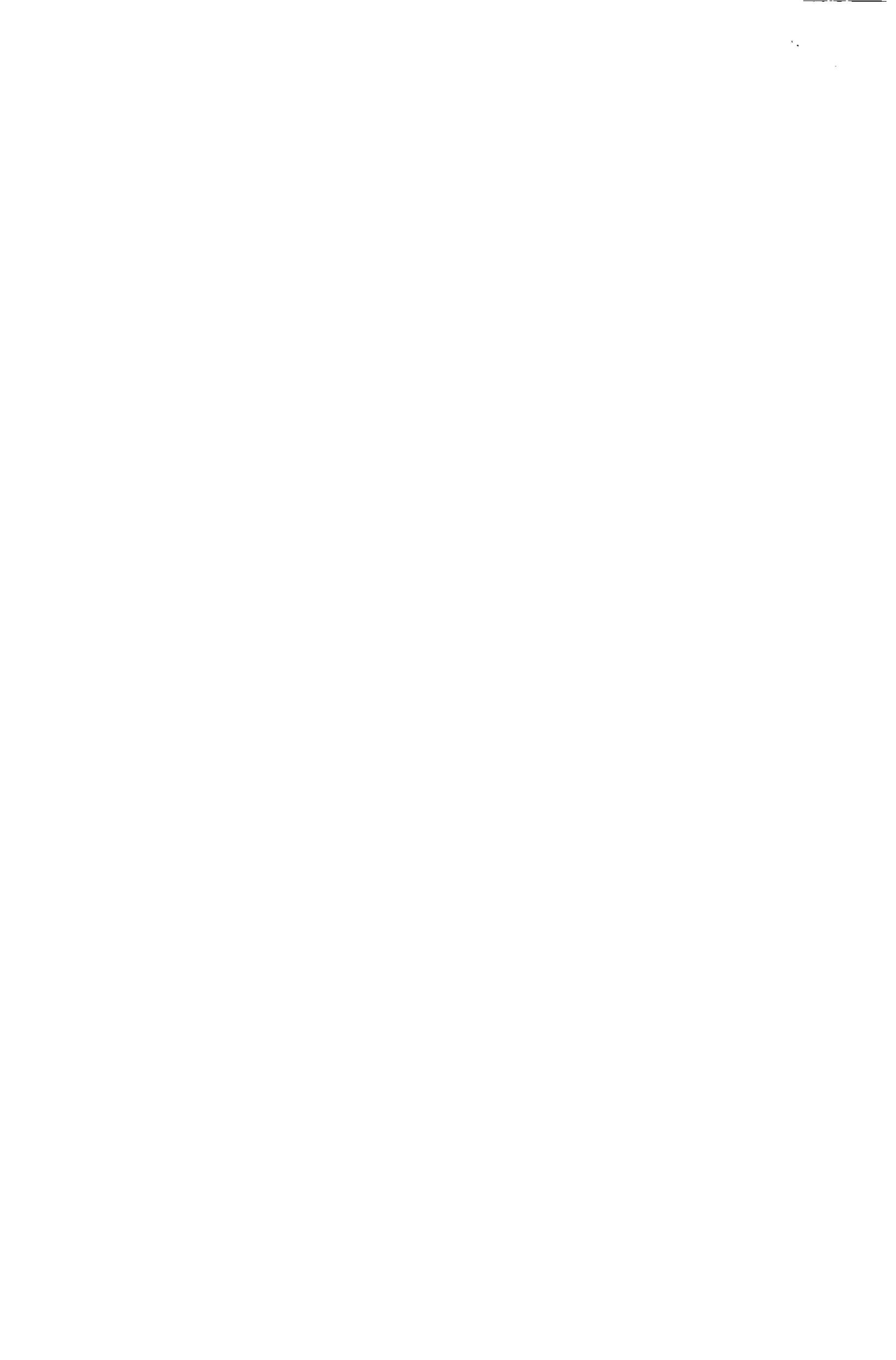
**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 28 2019 00746 01  
**DEMANDANTE:** LILIA BRICEÑO BUITRAGO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS  
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

**SENTENCIA**

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1º 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 “y/o” ineficacia del traslado del régimen de prima media al de

ahorro individual efectuado el 22 de junio de 1999. En consecuencia, se ordene a Porvenir a retornar al régimen de prima media todos los valores como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, frutos e intereses junto con los rendimientos. A Colpensiones a recibir las sumas de dinero y mantener como afiliada sin solución de continuidad. Se disponga a las demandadas a las costas del proceso y a reconocer los derechos en las facultades ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 27 de marzo de 1958 y del 2 noviembre de 1977 hasta el 30 de junio de 1999 estuvo afiliada al Seguro Social. Adujo que en 1999 mientras laboraba en el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales un asesor de Porvenir le presentó un nuevo régimen pensional, pero sin el cumplimiento del deber de información. Narró que presentó reclamación administrativa a las demandadas, lo cual fue negado. Finalmente, que la proyección de la pensión resulta más favorable en la prima media.

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha nacimiento de la demandante, la solicitud de nulidad y su respuesta. En relación con los restantes, manifestó no ser ciertos o no le constaban. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad, el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe. (f. º 135 a 155).

Al dar respuesta a la demanda, **Colpensiones** también se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la data de natalicio de la actora. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y las demás declarables de oficio (f.º 244 a 250).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1º de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual el 22 de junio de 1999. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos los frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a las demandadas. (f. º 263 a 266).

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

### III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

La AFP **Porvenir S.A.** argumentó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, por lo que cumplió con las obligaciones legales de asesoría vigentes para la data como lo era únicamente la suscripción del formulario, dado que es imposible demostrar el cumplimiento de deberes que no existían al momento del traslado. Frente al deber de información manifestó que también la accionante tiene que informarse sobre sus condiciones pensionales. Se opuso a la devolución de gastos de administración y sumas de seguros previsionales.

Por su parte, **Colpensiones** apeló dado que se configuró la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, pues la actora no ejecutó

acciones tendientes a cambiarse de régimen, contrario a ello se verifica la vocación de permanencia al régimen de ahorro individual. Máxime que existen actos de relacionamiento. Finalmente, que no hay afectación económica a la demandante en su permanencia en el RAIS dado que puede tener indemnización de perjuicios.

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

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

## **VI. CASO CONCRETO**

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 27 de marzo de 1958, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 36 años y 150,71 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 35 y 50). Así las cosas, la actora es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 22 de junio de 1999, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 214). El que se hizo efectivo el 1º de agosto de 1999 según reporte de Asofondos (f.º 157).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que en 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual dado que le dijeron que el Seguro Social se iba a acabar, la mesada sería más alta y ganaría más dinero. Confesó que no ha solicitado asesorías a Porvenir o proyección pensional.

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, bonos pensionales, seguros previsionales 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 aquí, 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 referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en

cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

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

No se causan costas en esta instancia.

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia apelada.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *Colocación de voto*  
28-2019-00746-01

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

**PROCESO ORDINARIO LABORAL**

**DEMANDANTE:** LILIA BRICEÑO BUITRAGO

**DEMANDADO:** COLPENSIONES, Y OTROS.

**RADICACIÓN:** 11001 31 05 028 2019 00746 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 31 de agosto de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 30 de septiembre de 2021, esto es, confirmando la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

*“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto<sup>1</sup>.*

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 31 de agosto de 2021 se postergó hasta el 30 de septiembre 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 31 de agosto de 2021.

---

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia es idéntica a la presentada en la ponencia de 31 de agosto 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 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 28 2018 00396 01  
**DEMANDANTE:** ÁLVARO OMAR ROSAS ROSAS  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES  
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE  
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

#### **I. ANTECEDENTES**

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación n°. 0023350 con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir y afiliarse al demandante en el régimen de prima media. Se disponga a las demandadas a reconocer y pagar los intereses generados por la demora injustificada en la no autorización del traslado e indexación. Además, los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó 783 semanas al Seguro Social hasta el 28 de febrero de 1998 y se trasladó en marzo de 1998 al régimen de ahorro individual, ya que los asesores comerciales le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el ISS, tales

como, pensionarse en un tiempo mucho menor y recibir un monto de mesada pensional mayor. Refirió que la AFP le realizó simulación pensional según la cual le concedería una mesada de \$1.685.319, entre tanto, en Colpensiones ascendería la prestación ascendería a \$3.345.584. Indicó que tiene más de 1761 semanas cotizadas. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, lo cual fue negado. (f.º 1 a 20).

Al contestar, la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó no constarle o no ser ciertos. 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 sucesivo, el enriquecimiento sin causa, la inexistencia de algún vicio de consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, la debida asesoría del fondo y las demás declarables oficiosamente (f.º 176 a 184).

Al dar respuesta **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la edad del demandante a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el comunicado que le rechazó el traslado y la reclamación administrativa junto con su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 buena fe y las declarables de oficio (f.º 219 a 229 reverso).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de julio de 2020, declaró nulo el traslado de régimen efectuado por el demandante a Porvenir S.A. del 28 de febrero de 1998 y validó la afiliación del régimen de prima media. En consecuencia, condenó al fondo privado trasladar a Colpensiones los aportes pensionales,

cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses sin descuento por gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia. Dispuso a Colpensiones activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costa a las demandadas. (f. º 278 a 280).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no acreditó haber suministrado una información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado al fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información. Por lo que en línea de la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia declaró procedente la nulidad de la afiliación.

### **III. DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

**Colpensiones** suplicó revocar la presente sentencia, pues con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, dado que a la fecha se tiene una densidad considerable de años que no denota las alegadas falencias, engaño o falta de información. Refirió que existió rectificación expresa de acuerdo al artículo 1752 y 1754 del Código Civil. Adujo que de acuerdo al Decreto 2241 del 2010 es deber de la parte actora estar al tanto de su estatus pensional.

A su turno, la AFP **Porvenir S.A.** adujo que al momento de la afiliación el ordenamiento jurídico no exigía el deber de brindar una información como tampoco una obligación de documentar la asesoría, pues bastaba solamente con el formulario de afiliación. Tampoco la obligación de entregar cuadros comparativos de proyecciones pensionales ni el brindar un buen consejo, por lo que no se debe requerir a la AFP que tenga pruebas documentales en las que conste la asesoría que se brindó. Señaló que se efectuaron actos de relacionamiento. Se opuso a la condenada de gastos de administración, pues se cumplió plenamente su cometido en el periodo en el cual el demandante ha cotizado en el régimen

de ahorro individual y fueron debidamente invertidas en la forma y no se encuentran en poder de la administradora.

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

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

#### **V. CONSIDERACIONES**

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

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

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

obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

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

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

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

informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, 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 15 de septiembre de 1954, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 39 años de edad y 520,86 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 21 y 241). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y la densidad de cotizaciones.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 28 de febrero de 1998, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 215), el cual se hizo efectivo el 1º de abril de 1998, según historial de vinculaciones de folio 190.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que es profesional en derecho y en 1998 mientras trabajaba en la DIAN, los asesores de Porvenir hicieron una reunión con varios funcionarios para realizar el traslado de régimen, para lo cual ofrecieron que el monto de la mesada iba a ser superior. Además, que los asesores quedaron en volver y realizar una doble asesoría. Indicó que solicitó a Colpensiones el traslado, el cual fue negado.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código

General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera 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 Porvenir S.A. al cual se encuentra actualmente afiliado deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por 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 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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

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

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

## **VII. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 2 de julio de 2020, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

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

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

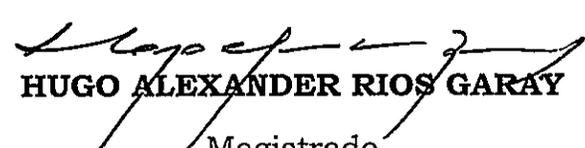
**TERCERO: CONFIRMAR** en los demás la sentencia analizada

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RIOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**

Magistrada *art. 106*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: ALVARO OMAR ROSAS ROSAS

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 028 2018 00396 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 **aclaramiento de voto**, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada





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

## **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**

### **Magistrado ponente**

**REFERENCIA:** PROCESO ORDINARIO  
**RADICACIÓN:** 110013105 26 2019 00760 01.  
**DEMANDANTE:** EMILDA ORTIZ PARDO  
**DEMANDADO:** ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

### **SENTENCIA**

Decide la Sala el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de junio de 2021.

#### **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 Protección S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. al traslado de los aportes cotizados a Colpensiones y se disponga a esta a aceptar los aportes y registrar a la accionante como afiliada sin solución de continuidad desde el 17 de junio de 1986. Finalmente, al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se afilió al Instituto de Seguro Social el 17 de junio de 1986 y cotizó 387,71 semanas. Refirió que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. en octubre de 1998, quien le manifestó que el Instituto de Seguro

Social se iba a acabar. Además, no le brindó información sobre el valor de la mesada pensional en cada régimen, ni las ventajas de trasladarse y se podría pensionar a cualquier edad. Advirtió que está afiliada a Colfondos S.A. y cuenta con más de 1.319 semanas cotizadas. Finalmente, que solicitó a la AFP la invalidación de afiliación, la cual no ha dado respuesta. (f.º 6 a 21).

Al dar respuesta, **Colpensiones** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió el reclamo administrativo y su respuesta. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, el cobro de lo no debido, la buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (f.º 159 a 167).

Al contestar la AFP **Porvenir S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle. 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 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 demás declarables oficiosamente (f.º 175 a 181).

Por su parte, la AFP **Colfondos S.A.** se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió que actualmente la promotora cotiza al fondo. Manifestó no constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, la falta de legitimación en la causa por pasiva, la buena fe, la ausencia de vicios de consentimiento, la validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y las demás declarables oficiosamente (f.º 207 a 221).

Al contestar la AFP **Old Mutual S.A.** se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos manifestó no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, la buena fe, el pago y las demás declarables oficiosamente (f.º 231 a 237).

Mediante auto de 4 de febrero de 2020 se tiene por no contestada la demanda por parte de la AFP **Protección S.A** (f.º 259).

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

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual. En consecuencia, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Ordenó a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo de Protección S.A (f.º307).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que no se acreditó que a la demandante le hayan brindado una información clara, suficiente, oportuna y eficaz respecto a las características propias del régimen de ahorro individual, así como las diferencias del régimen de prima media y menos cuál de los dos era más favorable para su caso particular.

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

## **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 la actora.

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

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

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

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

*oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

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

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

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

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

## **V. CASO CONCRETO**

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 31 de enero de 1964, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y 308,29 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 22, 121 y 171 expediente administrativo). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 2 de septiembre de 1998, así se observa en el reporte emitido por Asofondos a la AFP ING S.A. Asimismo, es posible verificar que se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1998 al 31 de octubre de 2003 y la actora

estuvo afiliada a Porvenir S.A del 1º de noviembre de 2003 al 30 de noviembre de 2012; a Old Mutual S.A. del 1º de diciembre de 2012 al 31 de agosto de 2014 y a partir 1º septiembre de 2014 en adelante a la AFP Colfondos (f.º 225).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que a su sitio de trabajo se acercó un asesor de Davivir, el cual los invitó a una sala de juntas en la que manifestó que el Instituto de Seguro Social estaba en quiebra y que era conveniente pasarse al fondo de Davivir, que la pensión sería con un monto más alto y se pensionaría mucho más joven. Confesó que el motivo para trasladarse fue la información que le brindaron ya que era seguro, toda vez estaba respaldado por la empresa donde trabajaba. Manifestó que se traslado a Porvenir porque la empresa iba a cotizar a ese fondo. Admitió que hace 7 años recibe extractos, pero que no recuerda que hayan sido de Porvenir. Finalmente, adujo que un asesor de la AFP Colfondos le regaló una sombrilla y dijo que venía de recursos humanos, por lo que la empresa iba a cotizar con dicho fondo, entonces que se tenía que trasladar.

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

Conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen ante la inestabilidad de fondo público o el carácter heredable de la pensión, 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. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada la accionante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 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. 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., AFP Old Mutual S.A. y AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. Dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

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

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

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

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

Sin costas en el grado de consulta.

## **I. DECISIÓN**

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia para condenar a la AFP Porvenir S.A., AFP Old Mutual S.A. y AFP Protección 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.

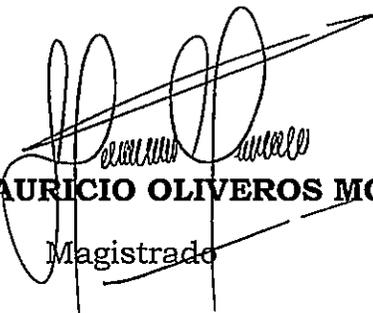
**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia analizada en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas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

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

**CUARTO:** Sin COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Intervinieron los Magistrados,

  
**HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA**  
Magistrado

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada *Asesoradora de vobis*

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



**ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: EMILDA ORTIZ PARDO  
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS  
RADICADO: 11001 31 05 026 2019 00760 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.

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada

