República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0266-2021
Radicado N° 23-2019-00694-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 08 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz la afiliación o traslado de la demandante al RAIS, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los valores recibidos con ocasión de la afiliación sin descuento alguno, declaró que la afiliación valida es al RPM y condenó en costas a la AFP demandada (fl. 114 a 115, 51:43 cd fl. 118).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 11).**

MARÍA MARGARITA TORO PINZÓN solicitó declarar ineficaz o nulo su traslado a **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, condenar a la AFP a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores cotizados, con sus rendimientos, frutos y gastos de administración, a reactivar la afiliación al RPM y actualizar la historia laboral, constas y agencias en derecho, condenar ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 14 de febrero de 1963, que realizó aportes a **COLPENSIONES** del 31 de mayo de 1990 al 31 de julio de 1995, que el 06 de julio de 1995 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Señaló que solicitó simulación pensional a la AFP, la cual respondió que su pensión en el RPM sería de $3.138.500 y en el RAIS de $1.491.300, tras lo cual solicitó el 22 de agosto de 2019 anular o declarar ineficaz su afiliación a la AFP, solicitud que negó **PORVENIR S.A.**, así mismo, el 21 de agosto de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** tener como nulo o ineficaz el traslado al RAIS, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, periodo cotizado al RPM y que negó la solicitud del 21 de agosto de 2019. Indicó que el traslado del RPM al RAIS fue libre y voluntario, que la demandante no puede retornar al RPM por la restricción por edad y no cumple los requisitos para su traslado en cualquier tiempo según la sentencia SU-130 de 2013, además, por no tener régimen de transición debe demostrar que recibió información errónea conforme la sentencia SL12136 de 2014 y al momento del traslado no era posible fijar el posible monto pensional por falta de semanas cotizadas y el deber de asesoría inició el 1° de julio de 2010 con el Decreto 2241 de 2010. Aseguró que si se accede a las pretensiones no se causan costas ni retroactivo pensional a cargo de **COLPENSIONES** según la sentencia SL17595 de 2017 y el principio de relatividad jurídica, además, el error de derecho no vicia el consentimiento y, de existir condena, la AFP debe retornar todos los aportes sin descuento alguno. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, inexistencia de obligación, inobservancia del principio constitucional de progresividad y

universalidad por afectación patrimonial del RPM, hecho de un tercero, calidades de la demandante para conocer las consecuencias del traslado y la genérica (fl. 45 a 57).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado al RAIS el 06 de julio de 1995, la densidad de semanas cotizadas y la respuesta por la cual negó la petición del 22 de agosto de 2019. Indicó que la demandante no aportó pruebas de los hechos que sustentan sus pretensiones, además, la AFP cumplió el deber de información exigible al momento del traslado señalado en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, que era el de brindar la información necesaria, sin que se demuestre ningún vicio del consentimiento, además, la demandante si recibió asesoría verbal, con información suficiente y necesaria sobre el régimen de transición, financiación de la pensión con capital, aportes voluntarios, bono pensional y demás beneficios del RAIS, tras lo cual libre y espontáneamente se afilió a la AFP y solo hasta el Decreto 2555 de 2010 inició el deber de asesoría e información y solo hasta la expedición del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 se fijó el deber de explicar las consecuencias del traslado y la demandante tenía plena capacidad legal para decidir el traslado y el deber de informarse sobre dicho acto jurídicos y sus consecuencias y pese tener varias oportunidades para retornar al RPM no lo hizo. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (cd fl. 118).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 114 a 115, 51:43 cd fl. 118).

El 08 de marzo de 2021, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) ***PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA*** *de la afiliación o traslado de la demandante* ***MARÍA MARGARITA TORO PINZÓN*** *al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la*

demandada ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.****, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.* ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *a devolver o trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante* ***MARÍA MARGARITA TORO PINZÓN****, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento algunos, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación y hasta la fecha de su pago.* ***TERCERO: DECLARAR*** *que la demandante* ***MARÍA MARGARITA TORO PINZÓN****, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES****, por las razones expuestas.* ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.* ***QUINTO: CONDENAR EN COSTAS*** *a la demandada* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. SEXTO: CONDENAR*** *si fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a* ***COLPENSIONES****. (...)".*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si el traslado de régimen pensional es ineficaz y si tiene derecho a considerarse válidamente afiliada al RAIS o RPM, así como la procedencia de ordenar la devolución de aportes.

Para resolver indicó que el afiliado tiene derecho a la libertad de selección de régimen, para la cual es necesario un consentimiento informado, siendo que el artículo 1604 CC establece que el deber de diligencia lo prueba quien debió empleador, por tanto, la AFP debe demostrar que cumplió el deber de información completa, suficiente y necesaria sobre las consecuencias y alcance del traslado, inversión de la carga de la prueba que opera para todo afiliado y que se satisface si por lo menos se informaron las características y diferencias de los regímenes pensionales, pero solo se aportó el formulario de afiliación, formato preimpreso que no es suficiente para acreditar el deber de

información, sin que la demandante confesara en su interrogatorio, por tanto, accedió a las pretensiones.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, porque para 1995 no era exigible hacer comparaciones entre los regímenes pensionales o desincentivar la afiliación, porque solo era exigible exponer las características del RAIS, obligación que se cumplió y la demandante en su interrogatorio expuso características de dicho régimen y su funcionamiento, quien era capaz para efectuar el acto jurídico de traslado y como consumidora financiera debía indagar sobre el acto, lo cual nunca hizo, por el contrario, su voluntad de permanencia se acredita con actos como recibir extractos y actualizar datos sin oposición alguna y nunca solicitar su retorno al RPM, siendo que la inconformidad sobre el monto pensional no vicia el consentimiento; de forma subsidiaria, solicitó que en caso de mantenerse ineficaz el traslado, no ordenar la devolución de gastos de administración ni pólizas de seguros previsionales, porque son gastos autorizados por Ley cuya destinación especifica se cumplió y no procede ordenar devolver rendimientos y a la vez los gastos utilizados para generar los mismas y en ambos regímenes hay gastos de administración pero en el RPM no se contratan seguros previsionales (53:32 cd fl. 118).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, porque no se acreditaron vicios del consentimiento ni dolo, además la demandante no tenía una expectativa legítima pensional porque al momento del traslado solo tenía 250 semanas cotizadas y le faltaban más de 20 años para la pensión, además no cumple los requisitos para retornar al RPM en cualquier tiempo y la inconformidad sobre el monto pensional no es prueba de engaño o vicio del consentimiento y para 1995 solo se debía dar información de las condiciones del traslado y nada más, así mismo, la demandante fue descuidada y desinteresada y siempre siguió cotizando al RAIS (59:22 cd fl. 118).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo apelado, por cuanto la AFP tiene la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento del deber de información, lo cual no demostró y la permanencia en el RAIS fue producto de falta de información y asesoría errónea que se brindó al momento del traslado. La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** reiteró la petición de revocar el fallo, reiterando los argumentos expuestos en su recurso de apelación. De otra parte, la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera, identificada con CC 53.077.146 y TP 184.941 del CSJ, en su calidad de abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de Godoy Cordoba Abogados S.A.S., en nombre de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo apelado, porque el traslado fue libre y consciente y se cumplió el deber de información según los parámetros vigentes al momento del traslado, además la demandante nunca solicitó el retorno al RPM y la inconformidad sobre el monto pensional no vicia el consentimiento, así mismo, es improcedente la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales, porque son gastos autorizados por Ley que ya fueron usados conforme su destinación específica.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos

sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **MARÍA MARGARITA TORO PINZÓN** nació el 14 de febrero de 1963 (fl. 12); ***ii)*** la demandante se afilió al extinto ISS el 31 de mayo de 1990 y cotizó 269,43 semanas (cd fl. 71 a 74); ***iii)*** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 06 de julio de 1995, el cual se hizo efectivo el 1° de agosto de 1995, AFP donde permanece vinculada con un total de 1529 semanas cotizadas a febrero de 2020 (pag. 8, 31, 56 archivo "*PRUEBAS*" cd fl. 118).

- **Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*".

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la

prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 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.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación o traslado de la demandante al RAIS, condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los valores recibidos con ocasión de la afiliación sin descuento alguno, declaró que la afiliación valida es al RPM y condenó en costas a la AFP demandada.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que en 1995 no era exigible comparar los regímenes pensionales o desincentivar la afiliación y solo se debían explicar las características del RAIS, lo cual realizó y se prueba con el interrogatorio de la demandante, quien era capaz para realizar el acto jurídico de traslado y nunca indago sobre el mismo, exteriorizando su voluntad de permanecer en el RAIS a través de su

conducta. De forma subsidiaria, solicitó no ordenar la devolución de gastos de administración y pólizas de seguros previsionales, porque son gastos legales que se usaron conforme Ley y no procede devolver los gastos usados en los rendimientos que se ordenó fueran devueltos y en ambos regímenes hay gastos, pero en el RPM no hay seguro previsional.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que no se acreditaron vicios del consentimiento ni dolo, la demandante no tenía una expectativa pensional, no cumple los requisitos para retornar al RPM en cualquier tiempo, la inconformidad con el monto pensional no es engaño o vicio del consentimiento y en 1995 solo se debía dar información y nada más, siendo la demandante descuidada, desinteresada y siempre cotizó al RAIS.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 06 de julio de 1995 (pag. 8 archivo "*PRUEBAS*" cd fl. 118), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP demandadas no demostraron el

cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Si bien la demandante señaló en su interrogatorio algunos aspectos propios del RAIS, como la posibilidad de pensionarse a menor edad que la señalada en el RPM o la devolución de saldos, dichas manifestaciones, por si solas, no se equiparan a la confesión del conocimiento claro, comprensible y completo de las características de cada régimen pensional como consecuencia de la asesoría por parte de la AFP demandada.

Así las cosas, esta Sala modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de no declarar la ineficacia de la afiliación sino solo la del traslado del régimen pensional, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que la ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba.

Lo anterior acarrea para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver, debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, donde se rememoró la SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, determinó que los fondos

privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES** (SL4989 de 2018; SL1421 de 2019 y SL1688 de 2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el correspondiente numeral de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En cuanto la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en las sentencias SL1421 de 2019 y SL4062 de 2021 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante **MARÍA MARGARITA TORO PINZÓN**, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral décimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA MARGARITA TORO PINZON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 023 2019 00694 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0267-2021
Radicado N° 34 2019 00001 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 1° de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

SAUL OLARTE MATEUS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 0184740 de 2009 le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2009, que contrajo matrimonio con LILIA SAAVEDRA DE OLARTE el 21 de julio de 1968, que su cónyuge no tiene pensión y depende económicamente de él, que el 29 de octubre de 2018 solicitó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (fls. 35 a 50).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1° de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "***PRIMERO: ABSOLVER*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todas y cada una*

de las pretensiones de la demanda propuesta por SAUL OLARTE MATEUS, conforme las razones expuestas por este Despacho. ***SEGUNDO:*** *Sin lugar a imponer condena en costas a las partes.* ***TERCERO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de consulta, a favor del demandante.".*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para resolverlo indicó que de acuerdo a lo definido en la sentencia SU 140 de 2019 no es procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales reclamados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que es procedente el reconocimiento de los incrementos solicitados en cuanto el actor tiene la condición de beneficiario del régimen de transición y por ello le es aplicable el Acuerdo 049 de 1990, señala además que dentro del proceso quedaron demostrados los requisitos que exige la norma para acceder al derecho y que debe tenerse en cuenta que la sentencia fundamento de la decisión de primera instancia no puede aplicarse de manera retroactiva al caso concreto, pues la demanda fue presentada antes de que la Corte Constitucional sentara dicha posición.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la

decisión de primera instancia en cuanto no es procedente el incremento pensional reclamado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto, procede la condena al pago del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que mediante Resolución N° 018740 del 28 de abril de 2009 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al actor en aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de mayo de 2009 en cuantía inicial de $496.900 (Pdf. 1, fl. 10); ***ii)*** que SAUL OLARTE MATEUS contrajo matrimonio con LILIA SAAVEDRA DE OLARTE el 21 de julio de 1968 (Pdf. 1, fl. 11); ***iii)*** que el 29 de octubre de 2018 el demandante solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional del 14% y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable (Pdf. 1, fls. 13 a 15).

- **Sobre los Incrementos Pensionales**

Para resolver la controversia e independientemente de los argumentos expuestos en el recurso, advierte la Sala que la Corte

Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *"con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994".*

Al efecto conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2061-2021 acogió el criterio definido en la sentencia citada precedentemente, en el sentido de indicar que por la derogatoria orgánica de que fue objeto el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es procedente ordenar estos incrementos. Señaló además la Corte que de todas formas el reconocimiento de este derecho resulta incompatible con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política luego la reforma que realizó el Acto legislativo 01 de 2005, pues bajo este escenario solo es posible su reconocimiento cuando se trate de un derecho adquirido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Para responder el argumento de apelación, la Sala dirá que es procedente la aplicación del precedente judicial que aquí se refiere, aun cuando la sentencia fue proferida con posterioridad a la fecha en que este proceso inició, pues las decisiones emitidas en primera y esta instancia, se dictan para el momento en que ya se había proferido la sentencia SU referida, luego, previo a dictar la decisión judicial no se ha consolidado derecho alguno en favor de la parte que lo reclama y por ello es susceptible de modificación y aplicación

de los criterios vigentes al momento de proferir la decisión que en derecho corresponde.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados, pues tampoco se acreditó que el derecho pensional del demandante se hubiera causada antes del 1 de abril de 1994.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0260-2021
Radicado N° 01-2019-01179-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2021 por el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, condenó a la AFP a devolver aportes, rendimientos, bono pensional, gastos de administración y cualquier monto recibido por la afiliación del demandante, sin descuento alguno y declaró que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir al momento de asumir la obligación pensional y se abstuvo de condenar en costas (fl. 151 a 152, 01:39:17 cd fl. 150).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 17).**

OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN solicitó declarar ineficaz el traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, condenar a **PORVENIR S.A.** a devolver todos los valores recibidos y sus rendimientos y a

COLPENSIONES a recibir todos los dineros y reactivar la afiliación, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 20 de agosto de 1962, que se afilió al ISS el 07 de marzo de 1991, que en septiembre de 1997 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Señaló que el 18 de septiembre de 2019 solicitó a la AFP proyección pensional y que se le indicó que sería de $1.692.700 y hasta ese instante se le informó que el monto dependía del mercado financiero y otros factores que no le fueron informados al momento del traslado, por lo cual, el 18 de septiembre de 2019, solicitó a **COLPENSIONES** su afiliación al RPM, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que el demandante se afilió de forma libre e informada a la AFP, luego de una amplia asesoría sobre las implicaciones de su decisión, las condiciones del RAIS y sus condiciones particulares, tras lo cual plasmó su voluntad, por escrito, de pertenecer al RAIS, en el formulario de afiliación que se presume documento autentico, en todo caso, las condiciones pensionales están plasmadas en la Ley, de pública consulta, y no se puede alegar su desconocimiento, siendo el acto de afiliación valido por la ausencia de vicios del consentimiento, causa y objeto ilícito, falta de capacidad o de voluntad, inclusive, en el caso de condena, no procede la devolución de gastos de administración, por cuanto son un concepto legal, que también se aplica al RPM, destinado a administrar los aportes para generar rendimientos y cubrir los riesgos de invalidez y muerte, fines que fueron atendidos, además, no hay norma que imponga su devolución. Interpuso las excepciones de prescripción, compensación, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fl. 61 a 72).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, afiliación al ISS, traslado al RAIS y que negó la solicitud de 2019. Indicó que el demandante se afilió válidamente al RAIS y no acredita ninguna causal de nulidad de tal acto, sin que proceda su retorno al RPM por la restricción por edad, quien además no tenía ninguna expectativa pensional o régimen de transición al momento de su traslado y, como consumidor financiero y afiliado del sistema de pensiones, tenía el deber de informarse sobre los regímenes pensionales, condiciones consagradas en la Ley y que son de público acceso, sin que sea valido alegar el desconocimiento de la Ley a su favor, en todo caso, el deber de las AFP de realizar proyecciones pensionales se impuso hasta el Decreto 2071 de 2015. Interpuso las excepciones de imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica (fl. 120 a 127).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 151 a 152, 01:39:17 cd fl. 150).

El 22 de abril de 2021, el Juzgado Primero (1°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, señor OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN, identificado con la CC 19.497.220, a través del fondo administrado por la sociedad demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.* ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES autorizar el traslado del señor OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN, identificado con la CC 19.497.220, al régimen de primera media con prestación definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A. con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por el demandante OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN, identificado con la CC 19.497.220, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación del actor, sin que le sea dable realizar descuento*

alguno de la cotización total realizada por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. ***CUARTO: DECLARAR*** *que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.* ***QUINTO:*** *Sin constas para las parres en la presente instancia. (...)".*

El Juez de primera instancia fijó que el problema jurídico versaría sobre los hechos no aceptados por las demandadas.

Para resolver aplicó los efectos de la falta de comparecencia del representante legal de **COLPENSIONES** a la audiencia obligatoria de conciliación. De otra parte, indicó que el demandante señaló que la asesoría duró 3 minutos y que su vinculación no fue violenta, sin embargo, la AFP no acreditó que indicó las consecuencias a futuro de la decisión de traslado, generando una situación desfavorable al afiliado, por ende, aplicó la posición de la H. CSJ y accedió a las pretensiones, ordenó devolver los aportes, rendimientos y los gastos administrativos y comisiones y no condenó en costas porque la oposición de las demandadas no fue caprichosa y la ineficacia del traslado pensional se estableció jurisprudencialmente.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El demandante **OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN** solicitó revocar la absolución en costas y condenar por dicho concepto a las demandadas (01:41:10 cd fl. 150).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no procede aplicar las sanciones del artículo 77 CPTSS porque el comité de conciliación de la entidad conceptuó la falta de ánimo conciliatorio y era inoficiosa la comparecencia del representante legal. De otra parte, indicó que el demandante si recibió información al momento del traslado pensional y en su interrogatorio indicó como funciona el RAIS, que en sus extractos se le informaba sus ahorros y que su pensión dependía del capital, rendimientos y bono pensional y

expectativa de vida, por tanto, su única inconformidad es el valor de la mesada pero eso es un error de derecho que no genera vicio, además no demostró los hechos alegados, fue negligente porque nunca se acercó al ISS ni corroboró la información de asesor comercial y no puede volver al RPM por la restricción por edad y el fallo afecta la sostenibilidad fiscal y por ello es de imposible cumplimiento; de forma subsidiaria indicó que de mantenerse la condena se confirme la devolución del dinero con sus rendimientos y la absolución en costas (01:41:36 cd fl. 150).

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que el precedente de la CSJ no aplica de forma automática, porque al momento del traslado solo se exigía la expresión de la voluntad plasmada en el formulario, lo cual se cumplió, siendo libre la decisión de traslado, la cual se ratificó en el tiempo, sin que haya vicio del consentimiento porque se brindó información sobre el RAIS y las implicaciones del traslado y, en todo caso, se saneó cualquier nulidad por ratificación, indicando el demandante en su interrogatorio que entiende que la pensión se financia con capital por aportes, rendimientos y bono pensional, además su interrogatorio fue contradictorio, porque indicó conocer los beneficios del RAIS y luego indicó que no los conocía. En todo caso, no procede la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales, porque es un concepto que aplica en ambos regímenes, la Superfinanciera ya indicó que solo procede devolver capital y rendimientos y acceder a ello genera un enriquecimiento sin causa a favor de **COLPENSIONES** y como no financian la pensión de vejez son prescriptibles (01:47:14 cd fl. 150).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** manifestó no presentar alegatos. El apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo porque no se acreditó vicio del

consentimiento, la ineficacia del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 solo aplica en caso de dolo, que no es el caso bajo estudio, además el artículo 899 CCO no aplica porque no se demostró causa u objeto ilícito ni incapacidad absoluta, además el formulario de afiliación es un documento autentico y no se le puede restar valor probatorio y cualquier eventual nulidad fue ratificada, en todo caso, la AFP allegó las pruebas documentales que acreditan la decisión libre e informada y su conducta ratificó el deseo de permanencia al RAIS; en todo caso, de confirmarse la condena, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y ordenar la devolución de solo saldos y rendimientos, porque las restituciones mutuas no implican la devolución de los gastos de administración para el poseedor de buena fe, además ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en dicho artículo genera un enriquecimiento sin justa causa, más aún cuando las primas de seguros y gastos de administración no financian la pensión y son prescriptibles.

Finalmente, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó su poder a la doctora Sandra Paola Anillo Díaz, identificada con CC 1.050.038.302 y TP 271.077 del CSJ, quien solicitó revocar el fallo. Indicó que la afiliación al RAIS fue voluntario y se ratificó con los años de permanencia en dicho régimen y nunca manifestó su decisión de retornar al RPM y no lo puede hacer por la restricción de edad; en caso de que se confirme la sentencia, solicitó ordenar la devolución de frutos y gastos de administración y declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales los perjuicios ocasionados.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos, así como la procedencia o no de imponer condena en costas.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN** nació el 20 de agosto de 1962 (fl. 18); ***ii)*** el demandante se afilió al extinto ISS el 07 de marzo de 1991 y cotizó 266,29 semanas (fl. 129); ***iii)*** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación con la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 02 de septiembre de 1997, el cual se hizo efectivo el 1° de noviembre de 1997, AFP donde permanece vinculado con un total de 1438 semanas cotizadas a diciembre de 2020 (fl. 89, 90 y 111).

- **Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del

afiliado, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*".

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos

las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 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.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del demandante al RAIS, condenó a la AFP a devolver aportes, rendimientos, bono pensional, gastos de administración y cualquier monto recibido por la afiliación del demandante, sin descuento alguno y declaró que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir al momento de asumir la obligación pensional y se abstuvo de condenar en costas.

El apoderado del demandante **OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la absolución de costas y condenar a las demandadas a dicho concepto.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no procede aplicar las sanciones del artículo 77 CPTSS porque el comité de conciliación señaló la falta de ánimo conciliatorio, de otra parte, señaló que el demandante si recibió información al momento de su traslado y en su interrogatorio indicó como funciona el RAIS, que sus extractos establecían sus ahorros y que su pensión dependía del capital, rendimientos, bono pensional y expectativa de vida y la inconformidad por el valor de la mesada no es un error de derecho que no genera vicio, ni demostró los hechos alegados y fue negligente en su aspecto pensional, sin que pueda volver al ROM por la restricción por edad y principio de sostenibilidad fiscal y el fallo es de imposible cumplimiento, pero de ser confirmada la condena, solicitó ordenar la devolución de dinero con sus rendimientos y la absolución de costas.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que el precedente de la CSJ no aplica al caso porque al momento del traslado del demandante solo se exigía la voluntad plasmada en el formulario y el deseo de permanecer en el RAIS se ratificó con el tiempo, además se le brindó información sobre dicho régimen y las implicaciones del traslado y cualquier nulidad fue saneada por ratificación, además, el demandante indicó en su interrogatorio que conocía los beneficios del RAIS y luego negó su afirmación. En todo caso, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguros previsionales.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la

CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del

Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR S.A.** efectuada el 02 de septiembre de 1997 (fl. 89 y 90), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP demandada no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, no pasa por alto esta Sala que el demandante **OSCAR RODRÍGUEZ GARZÓN** señaló en su interrogatorio que su pensión en la AFP depende de su capital ahorrado y su expectativa de vida y que los extractos que le remite la AFP describen su número de semanas, su ahorro y rentabilidad (40:48, 43:44 cd fl. 150), sin embargo, no se puede desconocer que el demandante aclaró que dicha información la conoció luego de que en 2019 presentó un derecho de petición a **PORVENIR** solicitando claridad de cómo iba a ser su mesada pensional (39:48 y 42:56 cd fl. 150), lo cual permite inferir razonablemente que no existió confesión de que hubiera recibido dichas explicaciones al momento del traslado pensional en 1997.

La declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, acarrea para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver, debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y

los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, donde se rememoró la SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES** (SL4989 de 2018; SL1421 de 2019 y SL1688 de 2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el correspondiente numeral de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se confirmará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En cuanto la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en las sentencias SL1421 de 2019 y SL4062 de 2021 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Respecto el recurso de apelación de la parte demandante, es importante considerar que el artículo 365 CGP, norma aplicable a nuestra especialidad por el artículo 145 CPTSS, establece que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, siendo relevante considerar que correspondía a la AFP la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento diligente del deber de información y que la omisión de dicha cargar conllevó a las condenas impuestas tanto a la AFP como a **COLPENSIONES**, Fondo público que no intervino en el acto declarado ineficaz, por tanto, se impondrá la condena en costas únicamente a **PORVENIR S.A.**, las cuales deberán ser tasadas por el *a quo*.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a **COSTAS** de primera a la demandada **PORVENIR S.A.**, las cuales deberán ser tasadas por el *a quo*. **SIN COSTAS** en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: OSCAR RODRIGUEZ GARZÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 001 2019 01179 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0258-2021
Radicado N° 07-2018-00598-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de la demandada **PROTECCIÓN S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 28 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz la afiliación y traslado de la demandante al RAIS y entre AFP, ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los valores de la cuenta de ahorro, sus rendimientos, gastos de administración y cualquier emolumento descontado de los aportes, debidamente indexados, así como el bono pensional tipo A, así mismo, condenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 desde febrero de 2016 y condenó en costas a las AFP demandadas (archivos "*18. Audiencia Art 80 CPL - Fallo*" y "*19. Acta Audiencia Art 80 CPL - Fallo*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 4 a 15, 42 a 45 archivo "*01. Cuaderno Principal*").**

GLADYS STELLA GARCÍA COTRINO solicitó declarar nulo su traslado o afiliación a **PORVENIR**, que siempre estuvo afiliada al RPM,

que es beneficiaria del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional, e reconocimiento de su pensión de vejez, retroactivo pensional, intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o indexación, codenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 11 de noviembre de 1957 y al 1° de abril de 1994 tenía 36 años, que cotizó en el ISS desde el 16 de marzo de 1977 al 31 de diciembre de 2002, que se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a la extinta AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales y que generó vicio en el consentimiento. Afirmó que presentó derecho de petición a **PORVENIR S.A.** solicitando los documentos que firmó con ocasión del traslado y las pruebas de la asesoría, lo cual contestó la AFP indicando que dicha asesoría fue verbal, sin aportar el formulario de afiliación.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y fecha de traslado al RAIS. Indicó que la afiliación al RAIS es válida y vigente, porque el formulario de afiliación a la AFP acredita la voluntad de traslado, sin que exista soporte jurídico y fáctico de las pretensiones y no se cumplen los requisitos para el retorno al RPM en cualquier tiempo conforme la sentencia SU-130 de 2013, régimen al cual no puede retornar la demandante por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, inexistencia de intereses moratorios e indexación, prescripción y la genérica (pág. 50 a 56 archivo "*01. Cuaderno Principal*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las

pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y su afiliación al RPM y su afiliación a dicha AFP y que ésta le presentó derecho de petición Afirmó que el 27 de septiembre de 1994 la demandante se trasladó de régimen mediante afiliación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.**, luego a la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** y de nuevo retornó a **PORVENIR S.A.** el 03 de noviembre de 2000, decisión que adoptó en uso de su libertad de selección de origen, afirmando la demandante bajo juramento en el formulario de afiliación que dicha decisión fue libre, acto que se adoptó conforme los requisitos legales, además no puede retornar al RPM en cualquier tiempo conforme la sentencia SU-130 de 2013. Aseguró que el 1° de diciembre de 2014, la demandante solicitó su pensión de vejez, petición rechazada el 09 de octubre de 2015, fecha en la que se le indicó que cuando se logrará el pago del bono pensional podría acceder a la misma, el cual se hizo efectivo en enero de 2019 y, en todo caso, la acción para reclamar la nulidad esta prescripta, sin que exista ningún vicio del consentimiento porque la demandante fue ilustrada de las bondades y limitaciones de cada régimen pensional, tras lo cual decidió firmar el formulario de vinculación y no usó el derecho de retracto ni el periodo de gracia de la Ley 797 de 2003 y el descontento por el eventual monto pensional no es vicio del consentimiento y el demandante no cumple con la carga de la prueba de los hechos que alega en la demanda. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica (fl. 122 a 134 archivo "*01. Cuaderno Principal*")

Por auto del 15 de agosto de 2019 se dispuso la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (pág. 200 archivo "*01. Cuaderno Principal*"). Dicha AFP se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que en julio de 1998 la actora se afilió a la AFP COLMENA absorbida por AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.**, luego de una asesoría clara, precisa y de fondo sobre las ventajas y desventajas del cambio de régimen pensional, tal

y como consta con las declaraciones escritas suscritas en la carta de validación de asesoría y en el formulario de afiliación, en todo caso, se trasladó a **PORVENIR S.A.** el 12 de diciembre de 2000 y por eso manifestó que no se opone a la declaratoria de nulidad de la afiliación. Interpuso las excepciones de declaración libre y espontanea de afiliación, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, no ejercicio del derecho de retracto, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro provisional por falta de causa, prescripción, buena fe, compensación y la genérica (pág. 221 a 232 archivo "*01. Cuaderno Principal*").

Mediante auto del 23 de noviembre de 2020 se vinculo a la **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES** (archivo "*07. Auto Vincula MinHacienda*"). Dicho Ministerio se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, fecha en que empezó a hacer cotización al extinto ISS y de traslado al RAIS. Indicó que la Oficina de Bonos Pensionales responde por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, frente las solicitudes que hacen las Administradoras del Sistema General de Pensiones, conforme el Decreto 4712 de 2008, 192 de 2015 y 848 de 2019. Señaló que la demandante tiene derecho a un bono pensional tipo A modalidad 2 por su traslado al RAIS luego de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y tener más de 150 semanas cotizadas, siendo emisor la Nación y como contribuyente **COLPENSIONES**, siendo la fecha de redención normal el 11 de noviembre de 2017 cuando la demandante alcanzó 60 años conforme el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, tras lo cual, el 04 de enero de 2019 **PORVENIR S.A.** solicitó la emisión y redención (pago) del bono, solicitud atendida por Resolución 19004 del 23 de enero de 2019, sin exista ningún trámite pendiente a cargo del Ministerio, aclarando que la emisión del bono solo procede cuando el beneficiario manifiesta por escrito la aceptación de la liquidación del mismo (artículo 7 Decreto 3798 de

2003). Aseguró que, si se declara la nulidad, se debe retornar a la Nación el bono pensional tipo A, indexado, por cuanto el mismo se reconoce solo a quienes están en el RAIS conforme el artículo 1 y 57 del Decreto 1748 de 1995 y debe ser anulado y reintegrado, correspondiendo a **COLPENSIONES** determinar si para financiar la prestación requiere el bono pensional B o T y lo solicitará al emisor luego de reconocida la prestación, conforme el artículo 7 del Decreto 1314 de 1994. De otra parte, indicó que la demandante no puede retornar al RPM en cualquier tiempo, el desconocimiento de la Ley no genera vicio del consentimiento, cualquier eventual nulidad ya fe saneada y el retorno al RPM vulnera la sostenibilidad financiera. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, saneamiento de los vicios del consentimiento, prescripción, buena fe y la genérica (archivo "*09. Contestación Demanda MinHacienda*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivos "*18. Audiencia Art 80 CPL - Fallo*" y "*19. Acta Audiencia Art 80 CPL - Fallo*").

El 28 de junio de 2021, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO:*** *declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante GLADYS STELLA GARCÍA COTRINO con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 27 de septiembre de 1994 contenida en el formulario No. 47633 o 184202, con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 29 de julio de 1998 contenida en formulario No. 1010362122, con la AFP PORVENIR el 3 de noviembre de 2000 contenida en formulario No.01469074.* ***SEGUNDO:*** *ORDENAR a la AFP PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora GLADYS STELLA GARCÍA, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.* ***TERCERO:*** *CONDENAR a PORVENIR y PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los gastos de administración, comisiones y cualquier otro rubro o emolumento que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante mientras estuvo afiliada en dichos fondos, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria.* ***CUARTO:*** *ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la señora demandante como su afiliada, sin solución de*

continuidad, dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde su afiliación inicial al ISS en 1977. ***QUINTO:*** *ORDENAR a PORVENIR a devolver la totalidad del valor del bono pensional tipo A, por valor de $172.500.000 al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES, el cual debe devolver debidamente indexado, igualmente a título de actualización monetaria.* ***SEXTO:*** *CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer, liquidar y pagar la pensión de vejez de la señora demandante, conforme los lineamientos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, de la cual es beneficiaria por efectos de la ineficacia del traslado de régimen pensional que se declara en esta sentencia. La pensión deberá ser reconocida a partir del momento en que dejó de cotizar al sistema de pensiones, es decir desde febrero de 2016, tomando como IBC el SMLMV.* ***SÉPTIMO:*** *se declaran no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva de la Litis en sus contestaciones de la demanda, de acuerdo con las resultas del proceso.* ***OCTAVO:*** *Las costas son a cargo de PORVENIR y PROTECCIÓN, a favor de la demandante las agencias en derecho se tasan en 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada fondo privado PORVENIR y PROTECCIÓN. No hay lugar a la condena a costas respecto de COLPENSIONES y el MINISTERIO DE HACIENDA.* ***NOVENO:*** *Ordénese la consulta de esta sentencia ante el Superior, a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación, a fin que el Superior revise la legalidad de la condena impuesta contra esa entidad pública. (1…)".*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si la afiliación y traslado de la demandante al RAIS es nula o ineficaz y si tiene derecho a la devolución al RPM y al reconocimiento de su pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 por régimen de transición, retroactivo pensional, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Para resolver indicó que la H. CSJ ha señalado que el deber de información de la AFP fue impuesto desde el Decreto 663 de 1993, siendo responsabilidad profesional y social de los Fondos su cumplimiento diligente y, su contenido mínimo, corresponde a informar las características y funcionamiento de cada régimen pensional, sin que en el caso bajo estudio las AFP acrediten haber brindado información veraz y suficiente a la demandante sobre las consecuencias de su traslado, quien al momento del mismo tenía régimen de transición por edad, sin que la firma del formulario de

afiliación sea prueba suficiente del cumplimiento diligente del deber, por tanto, declaró ineficaz el traslado y, como quiera que el bono pensional tipo A ya fue consignado, ordenó a la **PORVENIR S.A.** su devolución; de otra parte, ordenó a dicha AFP devolver los saldos de la CAIP, incluyendo los gastos de administración y cualquier otro emolumento descontado de los aportes. Respecto la pensión de vejez, señaló que la demandante acreditó ser beneficiaria del régimen de transición y que al 31 de diciembre de 2014 completó los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, por ende, ordenó a **COLPENSIONES** que una vez reciba las sumas de la AFP, reconozca la pensión de vejez a partir de febrero de 2016 y por 1 smlmv, absolvió de intereses moratorios y condenó en costas a las AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Señaló que no hay prueba del vicio del consentimiento, que el error de derecho no causa ineficacia, que hubo interpretación errónea del artículo 1604 CC ya que la CSJ impuso una responsabilidad objetiva en cabeza de las AFP mientras libera al demandante de aportar pruebas, pasando por alto que hay responsabilidades reciprocas del consumidor financiero como informarse del régimen pensional y aprovechar los mecanismos de divulgación, conforme el Decreto 2241 de 2010, de otra parte, el Tribunal Superior de Bogotá D.C. ha indicado que la inconformidad sobre el monto de la mesada no causa nulidad, además, la decisión de declarar la ineficacia vulnera la sostenibilidad fiscal del sistema, porque desfinancia el RPM al obligar subsidiar el traslado con los aportes de otros afiliados, por tanto, el reconocimiento de la pensión corresponde a la AFP (01:59:45 archivos "*18. Audiencia Art 80 CPL - Fallo*").

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena que le fue impuesta por gastos de administración, porque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 los consagró en ambos regímenes,

siendo que las comisiones ya fueron causadas por la buena gestión del fondo, el seguro previsional no se puede recobrar a la aseguradora, que es un tercero de buena fe y aplicar las restituciones mutuas, de forma estricta, implica que la demandante devuelva los rendimientos para que la AFP devuelva los gastos de administración, porque de lo contrario se genera un enriquecimiento sin justa causa y además la AFP ya trasladó todos los valores a **PORVENIR S.A.** (02:04:58 archivos "*18. Audiencia Art 80 CPL - Fallo*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, por cuanto la AFP no acreditó que cumplió el deber de información y asesoría al momento del traslado de régimen y ello conllevó a la pérdida del régimen de transición pensional, así mismo, señaló que la actora tiene derecho a pensionarse conforme el decreto 758 de 1990 e intereses moratorios. La apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Diana María Vargas Jerez, identificada con CC 1.090.449.043 y TP 289.559 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, porque la demandante tiene la restricción de traslado de régimen pensional por edad, no se acreditaron vicios del consentimiento, no procede la inversión de la carga de la prueba, el deber de información se materializó hasta la Ley 1748 de 2014 y Decreto 2071 de 2015 y acceder a las pretensiones descapitaliza el RPM; de forma subsidiaria, solicitó que el cumplimiento de la condena por **COLPENSIONES** se condicione al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas de la CAI de la accionante y no condenar en costas.

Por su parte, la apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar parcialmente el fallo, en lo que respecta a la devolución de gastos y seguro provisional, ratificando los argumentos elevados en su recurso de apelación. A su vez, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, por cuanto las normas vigentes al momento del

traslado no imponían el deber de realizar proyecciones pensionales y el formulario es plena prueba de la asesoría y, en todo caso, la devolución de los gastos de administración desconoce que son cobrados en ambos regímenes y no se puede dejar de aplicar la Ley que autoriza los mismos, además los gastos no se usan para financiar la pensión. Agotado el término de traslado, las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** y posteriores traslados de AFP, cumplen con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **GLADYS STELLA GARCÍA COTRINO** nació el 11 de noviembre de 1957 (pág. 37 archivo "*01. Cuaderno Principal*"); ***ii)*** la demandante se afilió al extinto ISS el 16 de marzo de 1977 y cotizó 758,57 semanas (pág. 64 archivo "*01. Cuaderno Principal*"); ***iii)*** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación con la extinta AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 27 de septiembre 1994, el cual se hizo efectivo el 1° de octubre de 1994 (pág. 135 y 137 archivo "*01. Cuaderno Principal*"); ***iv)*** la demandante se trasladó a la extinta AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** al suscribir formulario de afiliación el 29 de julio de 1998, el cual se hizo efectivo el 1° de septiembre de 1998 (pág. 233 y 240 archivo "*01. Cuaderno Principal*"); ***v)*** la demandante se

trasladó a **PORVENIR S.A.** al suscribir formulario de afiliación el 03 de noviembre de 2000, el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2001, AFP donde permanece vinculada, con un total de 1718 semanas cotizadas a marzo de 2016 (pag. 27, 136 y 137 archivo "*01. Cuaderno Principal*").

- **Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*".

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos,

convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 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.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró ineficaz la afiliación y traslado de la demandante al RAIS y entre AFP, ordenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los valores de la cuenta de ahorro, sus rendimientos, gastos de administración y cualquier emolumento descontado de los aportes, debidamente indexados, así como el bono pensional tipo A, así mismo, condenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez conforme el Acuerdo 049 de 1990 desde febrero de 2016 y condenó en costas a las AFP demandadas.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que no hay prueba de vicio del consentimiento, que el error de derecho no causa ineficacia, que se interpretó erróneamente el artículo 1604 CC, que la demandante no cumplió sus responsabilidades como consumidor financiero, que la inconformidad sobre el monto de la pensión no causa nulidad y declarar ineficaz el traslado pensional afecta la sostenibilidad fiscal y la AFP es la responsable de reconocer la pensión.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración, porque están consagrados en ambos regímenes, las comisiones se causaron por buena gestión, el seguro previsional no se puede recobrar a un tercero de buena fe y aplicar estrictamente las restituciones mutuas conlleva a devolver los gastos de administración

si la demandante devuelve los rendimientos, so pena de generar un enriquecimientos sin justa causa y más cuando la AFP ya trasladó todos los valores a **PORVENIR S.A.**

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en

RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS, mediante la afiliación a la extinta AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** efectuada el 27 de septiembre 1994 (pag. 8 archivo "*PRUEBAS*" cd fl. 118), o en los traslados posteriores de AFP efectuados a la extinta AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 29 de julio de 1998 (pág. 233 y 240 archivo "*01. Cuaderno Principal*") y directamente a **PORVENIR S.A.** el 03 de noviembre de 2000 (pag. 136 y 137 archivo "*01. Cuaderno Principal*"), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP demandadas no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Llama la atención que la demandante era beneficiaria del régimen de transición pensional por edad al momento del traslado del RPM al RAIS, pese lo cual las AFP no acreditan haber informado a la afiliada que su decisión de traslado causaría la pérdida de tal beneficio, situación que conllevó que la demandante, pese tener más de 55 años y 1000

semanas cotizadas, no haya podido acceder a la pensión de vejez conforme las reglas consagradas en el Decreto 758 de 1990.

Así mismo, no pasa por alto esta Sala que la demandante indicó en su interrogatorio que asistió a **PORVENIR S.A.** a reclamar la pensión de vejez cuando cumplió 57 años, pese lo cual se le exigió esperar hasta los 60 años, siendo razonable inferir que dicha circunstancia obedeció a la redención del bono pensional conforme el artículo 20 del Decreto 1748 de 1995, hecho que señaló la demandante la sorprendió, de lo cual se puede concluir que la AFP no explicaron las reglas de redención del bono pensional.

Así las cosas, esta Sala modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de no declarar la ineficacia de la afiliación sino solo la del traslado del régimen pensional, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que la ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba.

Lo anterior acarrea para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver, debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, donde se rememoró la SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES** (SL4989 de 2018; SL1421 de 2019 y SL1688 de 2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el correspondiente numeral de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP **PROTECCIÓN S.A.** debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se modificará la sentencia de primera instancia.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta, respecto el reconocimiento pensional de la demandante, se revocará el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar establecer que el reconocimiento de la prestación se hará, una vez se efectúe el traslado de las sumas ordenas a las AFP demandadas, momento a partir del cual **COLPENSIONES** procederá a definir los aspectos determinantes de la pensión de vejez, tales como IBL, tasa de remplazo, fecha de causación y exigibilidad, a la que tiene derecho la demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En cuanto la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en las sentencias SL1421 de 2019 y SL4062 de 2021 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

- **Sobre el Bono Pensional**

Se encuentra acreditado en el expediente, que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, mediante Resolución N° 19004 del 23 de enero de 2019, ordenó la emisión y pago del bono pensional tipo A que correspondía a la demandante (fls. 1 a 14 Pdf. 9), dinero que ingresó a su cuenta de ahorro individual el día 30 de enero de 2019, pues así lo aceptó PORVENIR en la contestación de la demanda y se observa del reporte de la cuenta de ahorro individual que obra a folio 165 del Pdf. 1 (expediente digital).

Sobre estos casos puntuales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1309-2021, señaló que cuando los afiliados regresan al Régimen de Prima Media, luego de que su bono pensional en el Régimen de Ahorro Individual ha sido redimido, lo procedente es que la AFP traslade a COLPENSIONES la totalidad del saldo de la cuenta de ahorro individual, con la inclusión de los aportes obligatorios y voluntarios, el valor del bono pensional y los rendimientos obtenidos por estos rubros. Señala la Corte además, que esta situación no exime a COLPENSIONES de realizar posteriormente las gestiones necesarias ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para verificar la fuente de financiamiento de

la pensión a cargo de la Nación y los ajustes que correspondan, incluso, la devolución de recursos, si a ello hubiere lugar.

Siguiendo esta regla, es claro que en la cuenta de ahorro individual de la demandante ya se encuentran los dineros correspondientes al bono pensional que fue girado por la Nación en la suma de $172.205.000 (fl. 165, Pdf. 1). Es decir, estos dineros ya integran el capital destinado a financiar la prestación, por ello, lo procedente en este caso es que la AFP PORVENIR traslade a COLPENSIONES el monto del título valor, más los rendimientos que este haya obtenido en la cuenta de ahorro individual, razón por la cual deberá revocarse el Numeral Quinto de la Sentencia de Primera Instancia que ordenó la devolución de estos valores a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para en su lugar disponer el traslado de estos dineros a COLPENSIONES.

Resulta pertinente precisar, que si bien el grado jurisdiccional de consulta se surte en favor de COLPENSIONES y de la Nación, la modificación de la decisión de primera instancia no hace más gravosa la situación de ninguna de las dos demandadas, pues se reitera, en los términos de la sentencia referida, que COLPENSIONES deberá realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a la Oficina de Bonos Pensionales el valor que corresponda, y así se indicará en la parte resolutiva de esta sentencia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de DECLARAR la INEFICACIA del traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante GLADYS STELLA

GARCÍA COTRINO y de los subsecuentes traslados entre AFP, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: REVOCAR el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia. En su lugar ORDENAR a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES el valor del bono pensional depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos que haya obtenido, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba el valor del bono pensional y los rendimientos, realice las gestiones necesarias ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de

Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión, y si es del caso, devolver a ésta, la Oficina de Bonos Pensionales, el valor que corresponda.

SEXTO: MODIFICAR el numeral sexto del fallo de primera instancia, en el sentido de DISPONER que el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante solo procede, una vez se efectué el traslado de las sumas ordenadas a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a definir los aspectos determinantes de la prestación tales como IBL, tasa de remplazo, fecha de causación y exigibilidad, a la que tiene derecho la demandante en virtud del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

SEPTIMO: ADICIONAR el numeral décimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

OCTAVO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

NOVENO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Salvamento de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GLADYS STELLA GARCÍA COTRINO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2018 00598 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0259-2021
Radicado N° 07 2019 00310 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ANA TERESA CHACON GOMEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 25 de agosto de 1960; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 2 de julio de 1979 y el 31 de agosto de 1996, y efectuó cotizaciones a dicha entidad por 833.29 semanas; que el 25 de julio de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que al momento del traslado no recibió ningún tipo de información sobre las implicaciones del mismo, ni se le dio a conocer que ya tenía cotizado el 83% de las semanas requeridas para causar el derecho a la pensión en el RPM. Por último, señala que mediante escrito del 12 de marzo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPM y esta petición fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación inicial a dicha entidad, el posterior traslado al RAIS y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (fls. 90 a 118, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el traslado de régimen efectuado a través de la AFP COLMENA, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (fls. 136 a 142, Pdf. 1)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora ANA TERESA CHACON GOMEZ con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÒN S.A. el 25 de septiembre de 1996 en formulario No. 1010242516. **SEGUNDO:** ORDENAR a **PROTECCIÒN SA.**, a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora **ANA TERESA CHACON GOMEZ** dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generados hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES. TERCERO:** Igualmente, **PROTECCIÒN S.A.** debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a **COLPENSIONES** debidamente indexados a título de actualización monetaria. **CUARTO:** ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante*

desde su afiliación inicial al ISS. ***QUINTO:*** *Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN.* ***SEXTO:*** *Se condena en costa al fondo demandado y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de la demandada* ***PROTECCIÒN SA.*** ***SEPTIMO:*** *REMITASE EN CONSULTA."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional que las AFP demuestren el cumplimiento del deber de información, señaló que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó el tipo de información que brindó a la demandante al momento del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el traslado de la demandante en cuanto la decisión de traslado fue libre y voluntaria, luego es un acto plenamente válido. Señala que de todas formas debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema en el caso bajo estudio.

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación en cuanto se ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que los descuentos realizados a la demandante por este concepto se encuentran debidamente autorizados por la ley, y corresponden a la gestión de administración de la cuenta de la demandante. Señala que

este valor representa una contraprestación generada por el beneficio de rentabilidad que recibió la demandante y devolver estos dineros implicaría un enriquecimiento sin causa en su favor.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN), cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 25 de agosto de 1960 (fl. 10, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de

julio de 1979 y el 31 de agosto de 1996 por un total de 833.29 semanas (fl. 11, Pdf. 1); ***iii)*** que el 25 de julio de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN, fl. 144, Pdf. 1); ***iv)*** que el 12 de marzo de 2019 solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 17 y 19).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en

todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ANA TERESA CHACON GOMEZ se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 25 de julio de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio N° 9, min. 05:23, expediente digital), pues al efecto solo manifestó que para el momento del traslado laboraba en la Universidad de los Andes, que la oficina de Recursos Humanos de la Universidad enviaba a los asesores de los fondos a los puestos de trabajo para que realizaran las afiliaciones ante la inminente liquidación del ISS, que la reunión con el asesor fue personal pero no le informó ni le dio ningún por menor sobre la relevancia e impacto que tendría en su situación pensional el traslado de régimen.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el

cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA TERESA CHACÓN GOMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00310 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0273-2021
Radicado N° 07 2019 00354 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 11 de mayo de 2021, por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP PORVENIR y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

SANDRA JARAMILLO MENDEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 21 de febrero de 1961; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de febrero de 1985 y el 1° de enero de 994, y realizó cotizaciones a dicha entidad por un total de 449.29 semanas; que el 7 de septiembre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 22 de julio de 1997, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que el 7 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR; que el 1° de mayo de 2005, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar; que el 9 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad,

saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y cálculo de rentabilidad o cálculo actuarial (fls. 172 a 200, Pdf. 1).

Mediante escrito presentado en el juzgado el día 13 de agosto de 2019, el Ministerio Público intervino del proceso a través de la Procuradora Judicial 22 II para asuntos Civiles y Laborales. Presentó como excepciones las de inexistencia de la obligación y prescripción (fls. 212 a 220 Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las 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 la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 230 a 247, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 334 a 351, Pdf. 1).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Pdf. 6, exp. Digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de LA AFILIACION que realizó la señora SANDRA JARAMILLO MENDEZ, identificada con C.C N° 51.725.165, al régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado el día 15 de julio de 1994 y por ende, las que realizó con posterioridad a COLFONDOS Y PROTECCIÓN S.A. conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la demandante SANDRA JARMILLO MENDEZ, identificado con C.C. N.° 51.725.165, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado al RAIS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada AFP*

ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SANDRA JARAMILLO MENDEZ, identificada con C.C. N.°51.725.165, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. ***CUARTO: DECLARAR NO PROBADA*** *las excepciones propuestas por la pasiva.* ***QUINTO: ABSOLVER*** *a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.* ***SEXTO:*** *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada a favor del demandante. Fíjese la suma de $500.000 como agencias en derecho en contra de cada uno de las accionadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y PROTECCION S.A.* ***SÉPTIMO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta"*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que en el proceso no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento en el acto de traslado de régimen de la demandante, dice además que debe tenerse en cuenta que las obligaciones entre fondos y afiliados es recíproca, y

en este orden la demandante debió buscar la información necesaria sobre su futuro pensional. Señaló que la ineficacia del traslado aquí declarada atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema, pues la entidad deberá asumir el pago de la prestación de un afiliado respecto del cual no se hicieron los registros y aprovisionamientos necesarios. Finalmente, pide que en caso de confirmarse la sentencia se revoque la condena en costas impuesta.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que al momento del traslado de régimen del demandante, el ordenamiento jurídico no determinaba ninguna forma concreta en que las AFP debían suministrar o brindar información, que solo con el desarrollo normativo y jurisprudencial se pudo establecer esta nueva obligación de documentar debidamente la información incluyendo cuadros comparativos, proyecciones pensionales y doble asesoría, entre otras. Dice que por esta razón el único documento que acredita tal deber es el formulario de afiliación suscrito y por ello se le debe dar plena validez probatoria, que adicionalmente debe tenerse en cuenta que la demandante tuvo varios traslados horizontales que ratificaban su voluntad de permanecer en el RAIS y además se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se

encuentran en poder de la entidad, y además, ordenar su devolución representa un detrimento para la entidad en beneficio del demandante y COLPENSIONES.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente disponer la ineficacia de traslado solicitada.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la AFP PROTECCIÓN solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber legal de información en los términos que define la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación, y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 21 de febrero de 1961 (fl. 12, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de febrero de 1985 y el 1° de enero de 1994, por un total de 449.29 semanas (fl. Carpeta expediente administrativo); ***iii)*** que el 15 de julio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 14, Pdf. 1); ***iv)*** que el 22 de julio de 1997, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 15, Pdf. 1); ***v)*** que el 7 de septiembre de 1999, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 16, Pdf. 1); ***vi)*** que el 1° de mayo de 2005, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 17, Pdf. 1); ***vii)*** que el 9 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y dicha entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 19 y 21, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

En relación con el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, es preciso señalar que su principal característica se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra el derecho para el afiliado de escogerlo libre y voluntariamente; igualmente, el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la

selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con la normativa precedente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En igual sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019,

indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos,

convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora SANDRA JARAMILLO MENDEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 15 de julio de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 12:30), pues al efecto solo manifestó que para el momento del traslado trabajaba en Latinoamericana de Seguros, que les hicieron una reunión general con asesores de Porvenir, quienes les informaron que el ISS se iba acabar y debían trasladarse a un fondo privado y que esta era decisión beneficiosa en cuanto podrían pensionarse a menor edad y retirar el dinero ahorrado sino tenían interés en obtener pensión. Señaló, que no se les dio información adicional sobre los efectos del traslado de régimen pensional.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 17:46), pues al efecto solo manifestó que en el expediente administrativo de la demandante no existe prueba documental de la información que recibió la actora en el momento del traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que la ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraban: Ello, acarrea para la AFP PROTECCION, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL

17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la

sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Para resolver el argumento de apelación de COLPENSIONES, referido a que no es procedente dictar condena en costas en contra de la entidad, la Sala en consonancia con lo dispuesto en el artículo 392 del CGP revocará parcialmente el numeral sexto de la sentencia de primera instancia para absolver de la condena en costas a esta entidad, pues la norma dispone esta carga a las partes que resultan vencidas y en el caso bajo estudio las órdenes dictadas a cargo de esta entidad son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus propios actos, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante SANDRA JARAMILLO MENDEZ del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia para ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SANDRA JARAMILLO MENDEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00354 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0236-2021
Radicado N° 07 2019 00380 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 19 de octubre de 2020, por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JACQUELINE PINILLA JIMENEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 6 de diciembre de 1961; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 10 de octubre de 1980 y el 31 de octubre de 1998, y cotizó a dicha entidad un total de 916 semanas; que el 9 de octubre de 1998, suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 27 de julio de 2000, se trasladó a la AFP PORVENIR; que ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni de la oportunidad que tenía para regresar al RPM. Por último señala que mediante escrito del 1° de abril de 2019, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y esta petición fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial de la actora a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 220 a 256, Pdf. 1).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causan por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 271 a 290, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la actora a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (fls. 296 a 308, Pdf. 1)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora JACQUELINE PINILLA JIMÉNEZ con la AFP COLFONDOS S.A. el 9 de octubre de 1998 contenida en formulario No. 6828288 y consecuencialmente la afiliación realizada a la AFP PORVENIR S.A. el 27 de julio de 2000 contenida en formulario No.*

01411445. ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora JACQUELINE PINILLA JIMÉNEZ dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.* ***TERCERO:*** *Igualmente PORVENIR y COLFONDOS deben devolver a COLPENSIONES todos los gastos, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante tales como gastos de administración, comisiones o que por cualquier otro concepto se hubiesen realizado a dichos aportes pensionales de la demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.* ***QUINTO:*** *Se declaran no probadas las excepciones presentadas por las demandadas.* ***SEXTO:*** *Se condena en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. No hay lugar a condena en costas a cargo de COLPENSIONES.* ***SEPTIMO:*** *Ordénese la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la

demanda. Para sustentar el recurso aduce que el acto del traslado de la demandante es válido en cuanto éste obedeció a una decisión libre y voluntaria, que la única razón por la cual la demandante no está conforme es por el valor de la mesada pensional que le correspondería en el RAIS, agrega que al momento del traslado la demandante no tenía ninguna expectativa legitima o derecho adquirido por lo que no se le generó ningún daño con el traslado, que además la demandante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM. Señala que además no se probó la existencia de vicio en el consentimiento alguno al momento de la suscripción de los documentos que configuran el traslado y que de todas formas la actora no hizo uso del periodo de recisión que disponen las normas. Finalmente aduce que la decisión emitida afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que para el momento del traslado de la actora no era una obligación legal documentar el tipo de información que se le brindaba a un afiliado, ni realizar una proyección de la posible mesada pensional que le correspondería en uno u otro régimen. Sobre la devolución de los gastos de administración refirió que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su

totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 6 de diciembre de 1961 (fl. 25, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 10 de octubre de 1980 y el 31 de octubre de 1998, por un total de 916

semanas (fl. 26, Pdf. 1); ***iii)*** que el 9 de octubre de 1998, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS (fl. 295, Pdf. 1); ***iv)*** que el 27 de julio de 2000, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 315, Pdf. 1); ***vi)*** que el 1° de abril de 2019 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fl. 49, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora JACQUELINE PINILLA JIMENEZ se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS el 9 de octubre de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 19:57, expediente digital), pues al efecto solo manifestó que laboraba en el Banco Popular al momento del traslado, que una ex compañera de la entidad les informó que trabajaba en COLFONDOS y que el ISS se iba acabar y por ello les convenía realizar su traslado a un fondo privado donde tendrían mejores condiciones pensionales.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por el representante legal de la AFP COLFONDOS en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 36:03, expediente digital), pues solo manifestó que no estuvo presente en el momento en que la demandante suscribió el formulario de traslado, que para esa fecha no existía obligación de documentar el tipo de información que se daba al afilado y desconoce la formación académica que tenía la asesora que atendió la diligencia de traslado de la actora.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere

brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de

administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JACQUELINE PINILLA JIMENEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 007 2019 00380 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0237-2021
Radicado N° 08 2019 00297 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 30 de junio de 2021, por el Juzgado Primero (1°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

GERMAN SEPULVEDA RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 15 de enero de 1962; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 12 de abril de 1989 y el 31 de octubre de 2003, y cotizó a dicha entidad un total de 488.86 semanas; que el 1° de noviembre de 2003, se hizo efectivo el traslado al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 31 de octubre de 2013, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM, y dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del actor, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 136 a 150, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con el traslado de Régimen del demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 170 a 206, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó el señor GERMAN SEPULVEDA RODRIGUEZ, identificado con C.C N.° 17.321.445, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado el día 15 de septiembre de 2003, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculado al demandante GERMAN SEPULVEDA RODRIGUEZ, identificado con C.C. N.° 17.321.445, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor GERMAN SEPULVEDA RODRIGUEZ, identificado con C.C. N.° 17.321.445, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: ABSOLVER** a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas. **SEXTO:** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a favor del demandante. Fíjese la suma de $500.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas. **SEPTIMO:** En caso de no ser apelada*

la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.".

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional del demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley. Frente a la devolución de los gastos de administración manifestó que éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y que de todas formas corresponde a la labor de administración realizada.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso del demandante al RPM porque

al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Pide que en caso de confirmarse la decisión debe ordenarse la devolución de los gastos de administración y descuentos realizados por seguros previsionales debidamente indexados.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicitó que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para producir efectos legales.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 15 de enero de 1962 (Carpeta Cd. fl. 79, exp. digital); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 12 de abril de 1989 y el 31 de octubre de 2003, por un total de 488.86 semanas (Carpeta Cd. fl. 79, exp. digital); ***iii)*** que el 1° de noviembre de 2003, se hizo efectivo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 35, Pdf. 1); ***iv)*** que el 31 de enero de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 94, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones; mas adelante, el artículo 271 señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con las citadas disposiciones, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó a cargo de las entidades financieras la obligación de suministrar a los usuarios la

información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para optar por las mejores ofertas del mercado. En relación con el momento a partir del cual surgió dicha obligación en cabeza de las AFP, la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En esa misma orientación conceptual, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a*

	artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación precisó en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo rememoró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte viene reiterando que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor GERMAN SEPULVEDA RODRIGUEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 1° de noviembre de 2003, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 13:38), pues al efecto manifestó que para la época del traslado trabajaba en VECOL, que viajó a Bogotá a las oficinas de la empresa porque vivía en Villavicencio, que en el corto tiempo que tuvo contacto con el asesor, éste le informó que el ISS iba a ser liquidado y que en los fondos privados tendría mayor rentabilidad y beneficios sin que se le diera información detallada o más concreta sobre lo que representaba pertenecer al RAIS.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues

nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima,

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: GERMAN SEPULVEDA RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2019 00297 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0238-2021
Radicado N° 08 2020 00242 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 1° de marzo de 2021, por el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA CLAUDIA BERNAL RESTREPO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de junio de 1963; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de septiembre de 1986 y el 31 de octubre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 324.43 semanas; que en noviembre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR; que posteriormente en enero de 1997, al vincularse a la Compañía de Seguros Bolívar S.A. tuvo que trasladarse a la AFP PROTECCIÓN; que al momento del traslado ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le informó de la oportunidad que tenía para regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Por último, señala que mediante escrito del 13 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y dicha entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante y su afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP,

inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 1 a 16, Pdf. 6.1).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (fls. 1 a 8, Pdf. 7.1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 1 a 27, Pdf. 12.1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1° de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO** de la señora MARÍA CLAUDIA BERNAL RESTREPO realizado del Régimen de Prima Media al RAIS acaecido el 8 de octubre febrero de 1994, mediante la afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la*

parte motiva de esta sentencia. ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES admitir el traslado del régimen pensional de la señora MARÍA CLAUDIA BERNAL RESTREPO.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora MARÍA CLAUDIA BERNAL RESTREPO como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado.* ***CUARTO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PROTECCIÓN, que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante.* ***QUINTO:*** *sin condena en costas, ante su no causación.* ***SEXTO:*** *Como quiera que fue adversa a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, enviar el presente asunto al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que

realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que ordenar la devolución de estos valores genera un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, pues a dicha entidad se giran también los rendimientos que son el fruto de la labor desarrollada por el fondo.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita en el recurso que se adicione la sentencia de primera instancia y se ordene la devolución de los gastos de administración que recaudó PORVENIR durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicho fondo. Para sustentar el recurso aduce que todos los valores recaudados por la entidad por concepto de aportes a pensión deben devolverse de manera completa, que si bien la actora ya no se encuentra afiliada a dicho fondo, éste si recibió de manera completa el valor de las cotizaciones a pensión y por ello resulta procedente que reintegre la totalidad de los valores que formaban parte de la cotización realizada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 22 de junio de 1963 (fl. 24, Pdf. 2); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de septiembre de 1986, y el 31 de octubre de 1994 por un total de 324.43 semanas (fl. 35, Pdf. 2); ***iii)*** que el 8 de octubre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (fl. 61, Pdf. 12.1); ***iv)*** que el 19 de diciembre de 1996, se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (fl. 67, Pdf. 6.1); ***v)*** que el 13 de marzo de 2020, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fl. 48 y 53, Pdf. 2).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art.

114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019,

indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho

menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA CLAUDIA BERNAL RESTREPO se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 8 de octubre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 13:15, expediente digital carpeta 6), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado laboraba en un taller de calzado y allí acudieron los asesores del Fondo, que en una reunión individual le manifestaron que en el fondo privado tendría mayores beneficias porque se podía pensionar a cualquier edad con los ahorros que tuviera pero no le dieron más información sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. Como la decisión de primera instancia omitió pronunciarse sobre este aspecto se adicionará en lo pertinente la decisión.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con

ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARIA CLAUDIA BERNAL RESTREPO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 008 2020 00242 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0239-2021

Radicado N° 11 2018 00551 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR y PROTECCIÓN contra la sentencia proferida el 1° de julio de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

PIEDAD RUBY NIETO PABON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la

nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 20 de mayo de 1961, que prestó servicios a la Contraloría General de la República desde el 30 de mayo de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1991 y del 15 de mayo de 1992 hasta el 1° de marzo de 1994, tiempo durante el cual efectuó aportes al RPM a través de CAJANAL; que el 21 de septiembre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 31 de mayo de 2005, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCION; que al momento del traslado ninguno de los Fondos demandados le suministró con trasparencia la información relacionada con las ventajas y desventajas, implicaciones y beneficios del traslado de régimen pensional; que el 3 de mayo de 2017, solicitó a COLPENSIONES autorizar el respectivo traslado de régimen pero esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La AFP PORVENIR se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, el traslado del RPM al RAIS y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 118 a 131, Pdf. 1).

La AFP PROTECCION se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como

excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones (fls. 163 a 187, Pdf. 1).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de la condena en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria (fls. 237 a 265, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1° de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el demandante PIEDAD RUBY NIETO PABÓN de la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e*

indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración y primas de seguros. ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.* ***SEXTO. COSTAS*** *a cargo exclusivo del fondo de pensiones PORVENIR S.A., en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV.* ***SÉPTIMO: CONSULTAR*** *esta sentencia con el superior Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no acreditaron haber cumplido con el deber de información al momento del traslado de la demandante y por ello dicho acto es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que la demandante manifestó haber suscrito el formulario de afiliación sin presiones, que las características de los regímenes pensionales se encuentran claramente definidas en la ley y que su ignorancia no es excusa. Dice además que no se probó la existencia de perjuicio alguno que se generara con el traslado que realizó válidamente la demandante. Frente a la devolución de los gastos de administración manifestó que

éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado a la demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente.

La apoderada de la demandada **PROTECCION**, pide que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto condena a la entidad al pago o devolución de los dineros recibidos por concepto de gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar la devolución de dichos valores en cuanto se encuentran claramente definidos y regulados por la ley, que el rendimiento generado en la cuenta de ahorro individual de la demandante corresponde a la buena gestión de administración realizada por la entidad, por lo que tiene derecho a conservar los dineros de administración como contribución mutua a su favor, dice además que la consecuencia de la ineficacia o nulidad no implica para la entidad la pérdida de los valores recibidos por concepto de administración durante el término que duró la gestión. Señala adicionalmente que de todas formas estos valores se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia en los puntos en que se dicta condena en contra de esta entidad. Para sustentar el recurso aduce que la demandante se encuentra incursa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM. Dice además que la demandante no probó la existencia de vicio en el consentimiento alguno que invalide el acto del traslado, que conceder la ineficacia implica una desfinanciación del fondo común, respecto de aquellas personas que si han realizado aportes a la entidad durante toda su vida laboral. Solicita que en caso de confirmarse la sentencia se revoque la condena en costas en cuanto la controversia relacionada con el traslado de la demandante es ajena a las decisiones de la entidad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP BBVA HORIZONTE (hoy PORVENIR), cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 20 de mayo de 1961 (fl. 188); ***ii)*** que estuvo afiliada a CAJANAL y realizó cotizaciones a dicha desde el 30 de mayo de 1985 hasta el 31 de diciembre de 1991 y del 15 de mayo de 1992 hasta el 1° de marzo de 1994 (fl. 34); ***iii)*** que el 21 de septiembre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 190, Pdf. 1); ***iv)*** que el 31 de mayo de 2005, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 188, Pdf. 1); ***v)*** que el 3 de mayo de 2017, solicitó a

COLPENSIONES su regreso al RPM y esta entidad resolvió tal solicitud de manera desfavorable (fls. 84 y 96).

- **Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271 señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **Caso Concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora PIEDAD RUBY NIETO PABON se trasladó a AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR el 21 de septiembre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a CAJANAL.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 13:15), pues al efecto manifestó que para la época del traslado los asesores de

BBVA fueron a su lugar de trabajo y pasaron puesto por puesto realizando las afiliaciones, que en su caso particular le dijeron que el ISS iba ser liquidado y no tenía ningún tipo de respaldo, que su pensión sería más favorable en los fondos privados porque tenían mayor respaldo y entregaban rendimiento sobre la cuenta pensional, dijo que no le informaron de manera particular sobre las desventajas o le dieron a conocer una proyección de lo que podría llegar a ser su situación.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PROTECCIÓN S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464

de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien la demandante con anterioridad al traslado realizó aportes a CAJANAL, en aplicación del Decreto 2196 de 2009, que dispuso la supresión y ordenó la liquidación de esta entidad, se generó el 1° de julio de 2009 un traslado masivo de los afiliados de dicha Caja al extinto ISS, siendo que la Caja hoy UGPP solo mantuvo la obligación del reconocimiento de obligaciones pensionales de sus afiliados que hubieran cumplido los requisitos de la pensión de jubilación o vejez antes del traslado de afiliados en tanto la UGPP no fungiría como administradora del RPM.

Así las cosas, considerando la ineficacia del traslado de la afiliación de la demandante, bajo la ficción de que debió permanecer en la extinta CAJANAL, se tiene que para el 1° de julio de 2009 tenía apenas 48 años, por lo cual no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, por tanto, el reconocimiento de sus derechos pensionales pasó a ser responsabilidad de COLPENSIONES, siendo dicha entidad entonces la llamada a la reactivación de la afiliación de la demandante al RPM conforme el Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y

debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019), luego independientemente de las razones expuestas por los apoderados de las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR en el recurso interpuesto sobre este puntual aspecto, lo cierto es que el precedente jurisprudencial definido por la Corte en este sentido ha definido de manera clara que la declaratoria de la ineficacia lleva implícita la devolución de estos valores.

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por

su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sobre el argumento de apelación de COLPENSIONES, relacionado con la condena en costas, la Sala se abstendrá de estudiar dicho aspecto en cuanto la sentencia de primera instancia no condenó en costas a esta entidad.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada

a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: PIEDAD RUBY NIETO PABON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2018 00551 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0240-2021
Radicado N° 11 2019 00581 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 12 de abril de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JACETT LUCIA ANGARITA TORRES, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 6 de febrero de 1965; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 24 de noviembre de 1989 y el 23 de agosto de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 61.80 semanas; que el 5 de abril de 1994, suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado la AFP demandada no le brindó información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le informó de la oportunidad que tenía para regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Por último, señala que mediante escrito del 10 de julio de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS y dicha entidad resolvió la solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 (fls. 144 a 171, Pdf. 2)

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de

descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público (fls. 223 a 259, Pdf. 2).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante JACETT LUCIA ANGARITA TORRES del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el ISS al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses, y rendimientos. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **SEXTO: COSTAS** a cargo de PORVENIR S.A., y en favor*

de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 SMLMV. ***SÉPTIMO: CONSULTAR*** *esta sentencia con el superior jerárquico, SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el caso bajo estudio debió analizarse de manera particular, pues de las afirmaciones realizadas por la demandante en el interrogatorio de parte se deduce que la entidad dio cumplimiento al deber de información en el momento en que la actora efectuó el traslado. Dice además que debe tenerse en cuenta la condición especial de la demandante, quien fungió como asesora comercial de PORVENIR y que por dicha calidad tuvo la oportunidad de conocer las condiciones particulares del RAIS y del RPM por las capacitaciones que recibió, por lo que es posible deducir que no se trata de un afiliado sin conocimiento en el tema. Aduce que tampoco es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración en cuanto los descuentos por este concepto se encuentran debidamente autorizados por la ley, que además estos valores ya no están en su poder, pues se destinaron para realizar la

correcta administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y al pago de los diferentes seguros previsionales, que la gestión de la entidad se refleja en los rendimientos que recibió la cuenta y que en últimas también tendrían que ser girados a COLPENSIONES.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que en el caso particular de la demandante la AFP si acreditó el cumplimiento al deber de información, que debe tenerse en cuenta lo manifestado por la actora en el interrogatorio de parte donde claramente manifestó que recibió una capacitación por parte de PORVENIR y conocía las características del RAIS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. La apoderada de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 6 de febrero de 1965 (fl. 198, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 24 de noviembre de 1989 y el 23 de agosto de 1994, por un total de 61.80 semanas (fl. 50, Pdf. 1); ***iii)*** que el 5 de abril de 1994, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (fl. 66, Pdf. 1); ***iv)*** que el 10 de julio de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 124 y 125 Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre,

espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el momento a partir del cual las AFP debían asumir dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019,

indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho

menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora JACETT LUCIA ANGARITA TORRES se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 5 de abril de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 33:12, expediente digital). Al efecto manifestó que ingresó a trabajar a la AFP PORVENIR como asesor comercial, que al momento de la vinculación les sugirieron trasladarse a dicha entidad en cuanto este hecho generaría más confianza y credibilidad a las personas que ofrecerían el producto. Señaló que como asesores recibieron una sola capacitación donde los prepararon respecto de lo que debían transmitir a las personas, que básicamente les hicieron saber que el ISS iba quebrar y podían perder los aportes realizados, que como los fondos privados son entidades financieras generaban

rentabilidad sobre los aportes y podían pensionarse a menor edad, que también les dijeron que si decidían cambiarse el tiempo de las cotizaciones realizadas al ISS se vería reflejado en un bono pensional, que en general les informaron que la creación de los fondos privados tenía como objeto mejorar la calidad de las pensiones de los colombianos, que tenían varias modalidades de pensión y tendrían mayores beneficios. Dijo que trabajó para PORVENIR menos de un año y que al momento del traslado no le dieron una asesoría personalizada sobre su situación pensional.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Precisa la Sala que en la situación particular de la demandante, tampoco puede entenderse que la AFP demandada hubiere acreditado el cumplimiento del deber de información. Tampoco puede deducirse de la calidad de asesora comercial que tuvo la actora en dicho Fondo, que fuera una experta en el tema y tuviera una condición de especialista que le permitiera establecer las consecuencias positivas y negativas de su decisión, o que estuviera en la capacidad de realizar una proyección futura de su mesada o conocer específicamente el

cambio que implicaría para su situación pensional el hecho de trasladarse de régimen. Resulta pertinente indicar, que de lo manifestado por la demandante en la diligencia de interrogatorio de parte, lo único que se deduce es que tuvo una capacitación general donde les dijeron que el ISS iba a ser liquidado, que los fondos generaban una rentabilidad sobre los aportes, que se podían pensionar a menor edad y que existían varias modalidades de pensión en el RAIS, en general les dieron a conocer el discurso que debían emplear con los potenciales afiliados. No obstante, de manera alguna puede concluirse que hubiere recibido una asesoría personalizada sobre su situación, que le permitiera tomar una decisión con información objetiva, clara y detallada en punto a los efectos del traslado de régimen pensional.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad

del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberá ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JACETT LUCIA ANGARITA TORRES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2019 00581 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0274-2021
Radicado N° 12 2018 00478 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES contra la sentencia dictada el 8 de febrero de 2021, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual se condenó a la demandada al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE IGNACIO HEREDIA MONROY, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago del incremento pensional

del 14% por cónyuge a cargo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 041133 del 2 de septiembre de 2008 le reconoció pensión de vejez a partir del 9 de enero de 2008, que contrajo matrimonio con CECILIA GRANADO MARTINEZ el 9 de octubre de 1971, que su cónyuge no tiene pensión y depende económicamente de él, que el 30 de agosto de 2016 solicitó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionada de la actora y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria y buena fe (fls. 46 a 50).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de abril de 2021, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "***PRIMERO: CONDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *al reconocimiento y pago a favor del señor* ***JOSÉ IGNACIO HEREDIA MONROY*** *el incremento del 14% sobre la pensión mínima legal mensual vigente por*

cónyuge Cecilia Granados Martínez, a partir del día 30 de agosto de 2013 y hasta el día 02 de agosto de 2020. ***SEGUNDO: ORDENAR*** *a* ***COLPENSIONES*** *el pago del retroactivo liquidado cada período pensional incluyendo periodos de junio y diciembre en un 14% de la pensión mínima legal mensual vigente y tasados sobre la base de $122.892.oo, que es salario mínimo legal del año 2020, debidamente indexado, ordenándose incluir como único pago el citado incremento.* ***TERCERO: ABSOLVER*** *a* ***COLPENSIONES*** *de las demás súplicas de la demanda.* ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES, a excepción de la prescripción respecto de incrementos pensionales causados con anterioridad al 30 de agosto de 2013, la cual se declara probada de manera parcial.* ***QUINTO: SIN CONDENA*** *en costas en la instancia.* ***SEXTO:*** *En caso de no ser apelado el presente fallo súrtase el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA,*** *para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá".*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para resolverlo indicó que se aparta del criterio definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, pues a su juicio los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 no fueron objeto de derogatoria orgánica. Señaló que es procedente aplicar los argumentos definidos por el Consejo de Estado, Corporación que estableció la vigencia y procedencia de la aplicación de las normas que regulan este derecho, a las personas a quienes se les ha reconocido la prestación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por aplicación del régimen de transición. Por lo anterior, y al verificar el cumplimiento de los requisitos, estimó procedente condenar a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de este derecho.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia.

Para sustentar el recurso aduce que debe darse aplicación al criterio definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140-2019, donde se definió la derogatoria orgánica de la norma que regula los incrementos reclamados.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto, procede la condena al pago del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que mediante Resolución N° 041133 del 2 de septiembre de 2008 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al actor en aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 9 de enero de 2008 en cuantía inicial de $546.074 (fl. 18); ***ii)*** que JOSE IGNACIO HEREDIA MONROY contrajo

matrimonio con CECILIA GRANADOS MARTINEZ el 3 de octubre de 1971 (fl. 19); ***iii)*** que el 30 de agosto de 2016 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional del 14% (fl. 20).

- **Sobre los Incrementos Pensionales**

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *"con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994".*

Al efecto conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2061-2021 acogió el criterio definido en la sentencia citada precedentemente, en el sentido de indicar que por la derogatoria orgánica de que fue objeto el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es procedente ordenar estos incrementos. Señaló además la Corte que de todas formas el reconocimiento de este derecho resulta incompatible con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política luego la reforma que realizó el Acto legislativo 01 de 2005, pues bajo este escenario solo es posible su reconocimiento cuando se trate de un derecho adquirido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, a juicio de la Sala, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo y porque tampoco se acreditó que el derecho pensional del demandante se hubiera causada antes del 1° de abril de 1994, razón por la cual, se revocará la decisión de primera instancia.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por el demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0250-2021

Radicado N° 12 2019 00411 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLFONDOS y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LIBIA AZUCENA LIEVANO GOMEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 16 de diciembre de 1961; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 12 de junio de 1986 y el 29 de febrero de 2000, y cotizó a dicha entidad un total de 593.29 semanas; que el 25 de febrero de 2000, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 19 de noviembre de 2002, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 21 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 105 a 111).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 173 a 186).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad y no propuso excepciones (fls. 192 a 195).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de abril de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP COLFONDOS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante LIBIA AZUCENA LIEVANO celebrada en su momento con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 25 de febrero de 2000 según formulario 01321237 y la subsiguientes con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTPIAS COLFONDOS S.A. de fecha 19 de noviembre de 2002 formulario 81800837. **SEGUNDO: CONDENAR** a COLFONDOS S.A. a la devolución de saldos aportes, rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante LIBIA AZUCENA LIEVANO GOMEZ con destino a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a COLFONDOS y PORVENIR a hacer la devolución correspondiente de los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades proporcionalmente por el tiempo de afiliación de la demandante a las correspondientes AFP. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos, rendimientos y gastos de administración, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular. **QUINTO:** ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES,*

COLFONDOS y PORVENIR de las demás súplicas de la demanda. ***SEXTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR, COLFONDOS y por COLPENSIONES.* ***SEPTIMO:*** *Sin condena en costas, en la instancia.* ***OCTAVO:*** *En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de* ***CONSULTA*** *para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que los descuentos por este concepto se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe. Aduce además que estos valores están sujetos a la prescripción trienal que contemplan las normas laborales y por ello debe declararse probada esta excepción.

La apoderada de COLFONDOS interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que estos valores corresponden a la labor

de administración que realizan los fondos de pensiones y se encuentran debidamente autorizados por la ley. Señala que disponer la devolución de estos valores constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, entidad que no administró los recursos de la actora y sin embrago, recibiría este rubro y los rendimientos que generó la cuenta de la demandante gracias a la gestión de este fondo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 16 de diciembre de 1961 (fl. 28); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 12 de junio de 1986 y el 29 de febrero de 2000, por un total de 593.29 semanas (fl. 29); ***iii)*** que el 25 de febrero de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 32); ***iv)*** que el 19 de noviembre de 2002, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 33); ***v)*** que el 21 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 37).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; en igual sentido, el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, advirtiendo que la selección de dicho régimen, debe efectuarse libre, espontánea y sin presiones. A su vez, el artículo 271 señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades

financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En similares términos, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, recordó que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de*

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto bajo examen, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LIBIA AZUCENA LIEVANO GOMEZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 25 de febrero de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, audio 1 min. 30:26), pues al efecto solo manifestó que un asesor de PORVENIR llegó a su lugar de trabajo y le informó que el ISS se iba acabar, que las personas que continuaran en dicha entidad perderían las cotizaciones realizadas y por ello debían trasladarse, que sobre el traslado como tal solo les manifestó que los fondos privados eran más beneficiosos a sus intereses pensionales.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por el representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4 audio 1 min. 21:25), pues al efecto solo manifestó que los asesores de la entidad siempre han estado debidamente capacitados para brindar la información necesaria a sus afiliados, que no estuvo presente en el momento del traslado y que en el expediente obra el formulario que suscribió la actora en señal de aceptación y conformidad.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como

lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza al ingresar al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, permitiendo la movilidad dentro del sistema y se pierde con la desvinculación del sistema por reconocimiento pensional o por recibir la indemnización sustitutiva. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR debe asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en este fondo y se confirmará la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de

invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LIBIA AZUCENA LIEVANO GOMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00411 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0251-2021
Radicado N° 12 2019 00657 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 5 de mayo de 2021, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUZ ALEIDA HERNANDEZ MURIEL, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 20 de marzo de 1960; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 20 de junio de 1982 y el 30 de abril de 1997, y cotizó a dicha entidad un total de 551.86 semanas; que el 16 de abril de 1997, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 26 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 77 a 82).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Cd. 3, fls. 1 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante LUZ ADIELA HERNÁNDEZ MURIEL celebrada en su momento con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. 16 de abril del año 1997 según formulario 888824 que obra en el expediente digital imagen 62 de 137. **SEGUNDO: CONDENAR** a PORVENIR S.A. a la devolución de saldos aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, de la cuenta de ahorro individual de la demandante LUZ ADIELA HERNÁNDEZ MURIEL con destino a COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos, rendimientos y gastos de administración, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular. **CUARTO:** ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR de las demás súplicas de la demanda. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones formuladas por PORVENIR y por COLPENSIONES. **SEXTO:** Sin condena en costas, en la instancia. **SEPTIMO:** En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de **CONSULTA** para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información

clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea que se refleja en el formulario suscrito, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley y debe tenerse en cuenta como prueba del cumplimiento de los deberes legales por parte de la AFP. Sobre la devolución de los gastos de administración señala que éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe. Aduce además que estos valores están sujetos a la prescripción trienal que contemplan las normas laborales y por ello debe declararse probada esta excepción.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 20 de marzo de 1960 (fl. 30); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 20 de junio de 1982 y el 30 de abril de 1997 por un total de 551.86 semanas (Cd. 2); ***iii)*** que el 16 de abril de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la

AFP PORVENIR (Cd. 3, fl. 61); ***iv)*** que el 26 de septiembre de 2019 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 60).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer

la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la

prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUZ ALEIDA HERNANDEZ MURIEL se trasladó a la AFP PORVENIR el 16 de abril de 2017, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor

en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4, audio 1 min. 10:56), pues al efecto manifestó que siempre ha trabajado en la Escuela Colombiana de Ingeniería, que para la época del traslado acudieron asesores de PORVENIR a su sitio de trabajo y le informaron que el ISS se iba acabar, que las personas que continuaran en dicha entidad perderían las cotizaciones realizadas y por ello la mejor opción era trasladarse a un fondo privado, que los fondos ofrecían rentabilidad y una mesada pensional más favorable. Señala que no le brindaron información completa y detallada en ese momento de las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP

PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las

vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima,

primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ ALEIDA HERNANDEZ MURIEL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 012 2019 00657 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0241-2021
Radicado N° 14 2019 00002 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA FABIOLA REYES SOTO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 3 de noviembre de 1957, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 2 de enero de 1980 y el 30 de noviembre de 1998, y cotizó a dicha entidad un total de 619.57 semanas; que el 23 de agosto de 1999, suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado la AFP demandada no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le informó de la oportunidad que tenía para regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Por último, señala que mediante escrito del 24 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad de su traslado al RAIS, y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la actora a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad atribuible a PORVENIR, compensación y buena fe (fls. 101 a 118, Pdf. 1)

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la

solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, prescripción de la acción y enriquecimiento sin causa (fls. 136 a 150, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante MARÍA FABIOLA REYES SOTO del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. **SEGUNDO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos. **TERCERO: ORDENAR** a PORVENIR S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio y debidamente indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados por PORVENIR S.A. **QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones*

propuestas por las demandadas. ***SEXTO: COSTAS*** *a cargo del fondo de pensiones PORVENIR S.A. y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.* ***SÉPTIMO: CONSULTAR*** *esta sentencia con el superior Sala Laboral Del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la única inconformidad de la demandante radica en el valor de la mesada pensional que le correspondería en uno y otro régimen pensional, razón ésta que no puede entenderse como suficiente para disponer la ineficacia del traslado, aduce además que para la fecha del traslado no existía una obligación legal de documentar el tipo de información que se le brindaba a un afiliado. Señala que las normas lo único que definen sobre el monto de la mesada pensional es que ésta no puede ser inferior a un salario mínimo pero nada refieren sobre un monto especifico dependiendo de la situación de cada afiliado, que debe tenerse en cuenta en la situación particular de la demandante que prestó servicios a Porvenir y Colfondos y ese hecho la hace conocedora de las consecuencias del acto del traslado que realizó. Sobre los

gastos de administración refirió que los descuentos realizados por este concepto están debidamente autorizados por la ley y corresponden a la labor de administración que ha ejercido durante la afiliación de la actora a dicha entidad.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que en el caso bajo estudio no es procedente invertir la carga de la prueba para definir que es la AFP la que tiene que demostrar el cumplimiento del deber de información, pues en casos como el presente correspondía a la demandante acreditar la existencia de una causal de nulidad o de algún vicio en el consentimiento. Dice que las pruebas demuestran que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria y que el traslado que aquí se ordena atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 3 de noviembre de 1957 (fl. 5, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de enero de 1980 y el 30 de noviembre de 1998, por un total de 619.57 semanas (fl. 130, Pdf. 1); ***iii)*** que el 23 de agosto de 1999, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (fl. 37, Pdf. 1); ***iv)*** que el 24 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fl. 10 y 12, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art.

114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad

social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA FABIOLA REYES SOTO se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 9 de octubre de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 30:57, expediente digital), pues al efecto solo manifestó que ingresó a laborar a Ahorramos, y allí les dijeron que debían afiliarse a PORVENIR, entidad que pertenecía al mismo grupo, que solo le dijeron que los fondos tenían mejores condiciones y le entregaron el formulario para que lo diligenciara y firmara sin que se le brindara información adicional sobre el acto que estaba suscribiendo.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere

brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencias SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de

administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA FABIOLA REYEZ SOTO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2019 00002 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0252-2021

Radicado N° 15 2018 00422 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de PORVENIR, de la parte demandante y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MIGUEL SIMBAQUEBA BRICEÑO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM. Solicita además que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo causado e intereses moratorios.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 4 de enero de 1957; que prestó servicios a la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá entre el 26 de junio de 1990 y el 31 de diciembre de 1993, tiempo durante el cual no se le realizaron aportes a ninguna Caja; que prestó servicios a dicha entidad entre el 1° de enero de 1994 y el 18 de junio de julio de 1995, tiempo durante el cual se le efectuaron cotizaciones a CAPRECUNDI; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 19 de julio de 1995 y el 1° de agosto de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 368.86; que el 2 de agosto de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 14 de noviembre de 2000, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 15 de diciembre de 2017, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del actor, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepción previa la de falta de competencia por no agotarse la reclamación administrativa. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, petición antes de tiempo,

presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación (fls. 47 a 54).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 91 a 56).

Dentro de la audiencia celebrada el día 26 de enero de 2021, el juzgado declaró probada la excepción de falta de competencia por falta de agotamiento de la reclamación administrativa, respecto de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento de la pensión (fl. 139).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante MIGUEL SIMBAQUEBA BRICEÑO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la Administradora PORVENIR, efectuado el día 2 de agosto de 1999, y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha administradora PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliado, traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora del Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado, dada la consecuencia natural de esta ineficacia. **SEGUNDO:** No condenar en costas ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso. **TERCERO: DECLARAR** no demostradas*

las excepciones propuestas por las partes demandadas. ***CUARTO:*** *Si la presente decisión no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en grado jurisdiccional de consulta".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

Sobre el reconocimiento de la pensión de vejez, señaló que no es procedente su estudio en cuanto se declaró probada la excepción de falta de competencia por falta de agotamiento de la reclamación administrativa respecto de esta pretensión.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación. Señala que la sentencia de primera instancia omitió dictar la condena correspondiente a la devolución de los gastos de administración, y ésta es una consecuencia de la ineficacia declarada por lo que es pertinente ordenar la devolución. Dice además que debe adicionarse la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez, pues está debidamente acreditado el cumplimiento de los requisitos para acceder a este derecho.

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia

y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional del demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley y debe tenerse en cuenta como prueba del cumplimiento de los deberes legales por parte de la AFP.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información. Por otra parte solicita que se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar la pensión de vejez en cuanto se encuentra plenamente acreditada la existencia de este derecho.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 4 de enero de 1957 (fl. 31); ***ii)*** que prestó servicios a la ESE Hospital San Rafael de Fusagasugá entre el 26 de junio de 1990 y el 31 de diciembre de 1993 y entre el 1° de enero de 1994 y el 18 de junio de julio de 1995 (fl. 10); ***iii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 2 de diciembre de 1980 y el 29 de febrero de 2000, por un total de 368.86 semanas (Cd. 1 Pdf. 4); ***iii)*** que el 2 de agosto de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 99); ***iv)*** que el 14 de noviembre de 2000, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 101); ***v)*** que el 15 de diciembre de 2017, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 18).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271,

señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor MIGUEL SIMBAQUEBA BRICEÑO se trasladó a la AFP PORVENIR el 2 de agosto de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de vinculación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3 hora 01:15:48), pues al efecto manifestó que él no sabe en qué momento resultó trasladado a un fondo privado, que él era conductor de ambulancia para la ESE Hospital San Rafael y no recuerda haber suscrito formulario alguno. Señaló que cuando se trataba de temas de recursos humanos, eventualmente lo llamaban a la oficina de personal y simplemente le entregaban los documentos que debía firmar, pero no sabe o recuerda si dentro de tales documentos había formularios de afiliación. Dijo que solo hasta el año 2011, cuando fue a averiguar asuntos relacionados con su pensión advirtió que se encontraba en un fondo privado.

Tampoco resulta relevante al efecto lo manifestado por el representante legal de la AFP PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 3 min. 36:58), pues solo dijo que para el momento del traslado no existía la obligación de documentar el tipo de información que se brindaba y que los asesores de la entidad se encontraban debidamente capacitados para atender las inquietudes y brindar la información integral al afiliado.

Nada diferente se concluye del dicho de los testigos ORLANDO BELTRAN (Cd. 3 hora 01:30:57) y LUIS EDUARDO CUBILLOS (Cd. 4 min. 13:06), pues solo manifestaron haber sido compañeros de trabajo del demandante en el Hospital San Rafael, dijeron que la afiliación a los fondos privados se realizó a través de una reunión general en el Hospital, que no recuerdan haber visto al actor en esa reunión, ni haber estado presentes en el momento en que éste suscribió el formulario.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral primero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sobre el argumento de apelación de la parte demandante, referido al reconocimiento de la pensión de vejez, se advierte que dentro de la audiencia celebrada el día 26 de enero de 2021, se declaró probada la excepción de falta de competencia por falta de agotamiento de la reclamación administrativa, frente a esta pretensión. Por ello, y dado que esta decisión se encuentra debidamente ejecutoriada, no es procedente abordar el estudio de este puntual aspecto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los

valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MIGUEL SIMBAQUEVA BRICEÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2018 00422 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0253-2021
Radicado N° 15 2019 00478 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 26 de abril de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DENIS BREVERA TRIANA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 13 de marzo de 1965; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 23 de agosto de 1990 y el 29 de febrero de 2000, y cotizó a dicha entidad un total de 177.43 semanas; que el 29 de febrero 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 5 de junio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM, y dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 79 a 100).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad y buena fe (fls. 111 a 115).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante DENIS BREVERA TRIANA, el día 29 de febrero del año 2000 del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la ADMINISTRADORA PORVENIR, como consecuencia de lo anterior ORDENAR a esta ADMINISTRADORA PORVENIR, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante, al Régimen de Prima Media, es decir, COLPENSIONES, reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Prima Media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia y conforme se expuso en la parte motiva. **SEGUNDO:** Sin costas a favor ni en contra de ninguna de las partes. **TERCERO:** Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza de COLPENSIONES se remitirán las diligencias al superior para efectos de que el magistrado que corresponda por reparto, las revise en el grado jurisdiccional de consulta".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha

obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional del demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley y debe tenerse en cuenta como prueba del cumplimiento de los deberes legales por parte de la AFP.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso. El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 13 de marzo de 1965 (fl. 10); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 23 de agosto de 1990 y el 29 de febrero de 2000, por un total de 177.43 semanas (fl. 27); ***iii)*** que el 29 de febrero de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 14); ***iv)*** que el 5 de junio de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 13).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre,

espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad*

de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora DENIS BREVERA TRIANA se trasladó a la AFP PORVENIR el 29 de febrero de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 min. 10:58), pues al efecto manifestó que para la época del traslado trabajaba en el Comando General de las Fuerzas Militares como civil, que un día los reunieron y les dijeron que el ISS iba ser liquidado y debían trasladarse a un fondo privado, que posteriormente enviaron a un asesor de PORVENIR que diligenció el formulario para realizar el traslado, pero no se les dio ninguna información sobre la incidencia y consecuencias de la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como

lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y

dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral primero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: DENIS BREVERA TRIANA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2019 00478 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0016-2021
Radicado N° 15 2019 00788 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 27 de abril de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCION S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUZ MARINA PEÑARANDA TORRADO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 18 de febrero de 1963; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 18 de marzo de 1986 y el 30 de septiembre de 1994, y realizó cotizaciones a dicha entidad por un total de 195.29 semanas; que el 27 de agosto de 2003, se trasladó Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN; que al momento del traslado la AFP demandada no le brindó información sobre las implicaciones del traslado, consecuencias, ventajas y desventajas del acto que estaba suscribiendo; que el 11 de octubre de 2019, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 54 a 58).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 82 a 91).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP demandada trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

"***PRIMERO: DECLARAR*** *ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante LUZ MARINA PEÑARANDA TORRADO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, el día 29 de septiembre de 1994, a través de la administradora PROTECCIÓN, como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha administradora, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual al Régimen de Prima Media, a través de la administradora COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora LUZ MARINA PEÑARANDA TORRADO, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el Régimen de Prima Media. Teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado al Régimen de Ahorro Individual, dada la consecuencia natural de esta ineficacia. Todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva.* ***SEGUNDO:*** *Sin costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.* ***TERCERO:*** *Si la presente decisión no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta*"

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte

Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que la AFP demandada hubiera cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa a la afiliada sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente declarar la ineficacia de traslado solicitada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES, se remitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, conforme el artículo 69 CPT y de la SS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN S.A.,

cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 18 de febrero de 1963 (fl. 16); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 18 de marzo de 1986 y el 30 de septiembre de 1994, por un total de 195.29 semanas (fl. 17); ***iii)*** que el 29 de septiembre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A. (fl. 117); ***iv)*** que el 27 de agosto de 2003, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCION (fl. 18); ***v)*** que el 11 de octubre de 2019, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fl. 38).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de*

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUZ MARINA PEÑARANDA TORRADO se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 29 de septiembre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD3. min. 18:56), pues al efecto solo manifestó que en el lugar donde trabajaba les hicieron una reunión general en la que les informaron que el ISS se iba acabar y que la mejor opción que tenían era trasladarse a los fondos privados, que estas entidades ofrecían rentabilidad, mayor respaldo y mejores condiciones pensionales. Señaló que no les dieron a conocer ningún pormenor sobre el tema pensional.

Tampoco resulta relevante al efecto lo manifestado por el representante legal de la AFP PROTECCION en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 3 min. 12:48), pues solo dijo que para el momento del traslado no existía la obligación de documentar el tipo de información que se brindaba y que los asesores de la entidad se encontraban debidamente capacitados para atender las inquietudes y brindar la información requerida por el afiliado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos

del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del

acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral primero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUZ MARINA PEÑARANDA TORRADO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 015 2019 00788 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0242-2021
Radicado N° 16 2018 00037 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARMEN SOFIA CEBALLOS ZAMBRANO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al

Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que el 1° de enero de 2010, realizó afiliación que conllevó al traslado a la AFP PORVENIR; que dicha entidad nunca le informó ni le expuso las consecuencias que representaba realizar un traslado de régimen pensional; que además fue inducida en error para firmar el formulario, pues se le dieron a conocer ventajas y beneficios inexistentes. Finalmente, señala que en la actualidad se encuentra realizando aportes a la AFP PORVENIR.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación actual de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 75 a 84).

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación actual a la AFP PORVENIR y frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos y buena fe (fls. 46 a 50).

Dentro de la audiencia celebrada el 19 de octubre de 2020 el juez dispuso vincular a la Litis a la AFP PROTECCIÓN (fl. 130).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia del traslado de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (CD. 4).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por la demandante CARMEN SOFIA CEBALLOS ZAMBRANO. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación que fue alegada por el extremo demandado. TERCERO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría incluyendo los montos de un cuatro de un SMLMV en favor de cada una de las demandadas, como valor de agencias en derecho y por el resultado de la Litis se abstiene el despacho de pronunciamiento frente a los demás medios exceptivos."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto no se aplica de manera

automática y en el caso particular aun cuando las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento del deber de información, lo cierto es que la demandante en el interrogatorio de parte aceptó conocer algunas características del RAIS y saber que antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión podía regresar al RPM, que además manifestó que para este momento conocía que su situación pensional sería más favorable en COLPENSIONES y aun así decidió permanecer en el RAIS. Concluyó que en este proceso no resulta procedente declarar la ineficacia porque la demandante conocía las consecuencias de su actuar.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se declare la ineficacia del traslado de régimen. Para sustentar el recurso aduce que las AFP demandadas no demostraron haber cumplido con la obligación de brindar la información debida a la actora al momento del traslado de régimen, en los términos que exige la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Señala que contrario a lo definido por el juez de primera instancia, lo manifestado en el interrogatorio de parte, en manera alguna prueba que se hubiere recibido información clara, completa y detallada respecto de los efectos, ventajas, desventajas, consecuencias del traslado y por ello, por falta de cumplimiento del deber legal de información por parte de las AFP, es procedente aplicar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y declarar la ineficacia del traslado de régimen.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera

instancia en cuanto no es procedente la declaratoria de ineficacia o nulidad que se solicita en la demanda.

La apoderada de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente declarar la ineficacia del traslado, pues la demandante conocía las consecuencias de dicho acto. El apoderado de PROTECCIÓN solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto negó la ineficacia del traslado de régimen de la demandante.

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se declare la ineficacia del traslado con fundamento en la jurisprudencia definida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 13 de febrero de 1968 (fl. 71 vto.); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy

COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 29 de enero de 1991 y el 31 de diciembre de 1994, por un total de 186.71 semanas (fl. 88); ***iii)*** que el 20 de diciembre de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (CD. 4, fl. 28, Pdf.); ***iv)*** que el 12 de marzo de 1997, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 69); ***v)*** que el 25 de septiembre de 2001, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 70); ***vi)*** que el 11 de noviembre de 2009, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 71); ***vii)*** que el 25 de mayo de 2017, solicitó a COLPENSIONES aceptar su regreso al RPM (fl. 13).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

La selección de régimen pensional, encuentra su fundamento jurídico en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra para el afiliado el derecho a escoger libre y voluntariamente su régimen pensional; el cual es reiterado mas adelante por el art. 114 *ibídem,* al establecer los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de régimen pensional, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el momento a partir del cual las AFP asumieron tal obligación, la Corte Suprema de Justicia en la

sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

	derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora CARMEN SOFIA CEBALLOS ZAMBRANO se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 20 de diciembre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 6 min. 42:57), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en el SENA, que acudieron asesores de los fondos quienes les dijeron que el ISS se iba acabar y debían pasarse a un fondo privado para garantizar el derecho pensional, que además le dijeron que las condiciones pensionales mejorarían, pero en ese momento no le dieron mayor información sobre los pormenores o implicaciones reales de la decisión que estaba tomando. Señala que con posterioridad, más o menos desde el año 2010, empezó a indagar con sus amigos el tema y fue cuando advirtió que las condiciones en el RAIS no le eran favorables.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los

efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues contrario a lo que concluyó el juez de primera instancia, no se deduce de lo manifestado por la demandante en el interrogatorio, que la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN hubiere brindado información a la demandante en los términos que define la jurisprudencia. Se declarará entonces la ineficacia del traslado de la demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros,

igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión.

De otra parte, se declarará que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media, efectuado por la señora CARMEN SOFIA CEBALLOS ZAMBRANO, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y consecuencialmente los traslados posteriores entre las AFP BBVA HORIZONTE (hoy PORVENIR) y PORVENIR.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARMEN SOFIA CEBALLOS ZAMBRANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 016 2018 00037 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0265-2021
Radicado N° 17-2019-00594-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 14 de abril de 2021 por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó a las AFP trasladar los valores recibidos con ocasión de la vinculación del demandante sin retención de dineros, absolvió de las pretensiones por perjuicios morales y subsidiarias y condenó en costas a las demandadas (pág. 478 a 480 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*" y "*4 AUDIENCIA 80*").

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (pág. 5 a 19 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*").**

JUAN GUILLERMO DE LA HOZ TOBÓN solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado del RPM al RAIS o subsidiariamente declarar inexistente dicho traslado, ordenar a las AFP demandadas a devolver toda suma de dinero recibidas, junto con sus rendimientos y a

COLPENSIONES a reactivar su afiliación al RPM y actualizar su historia laboral, pago de perjuicios morales y costas.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 09 de enero de 1958; que se afilio al extinto ISS desde 1983, que el 09 de agosto de 1994 se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, el 08 de mayo de 1995 se trasladó a **PORVENIR S.A.** y el 30 de septiembre de 1996 retornó a **PROTECCIÓN S.A.**, sin que dichas AFP le suministraran información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que **PROTECCIÓN S.A.** realizó proyección pensional en donde su pensión en el RAIS es de $6.243.236 y en el RPM $9.517.648, siendo más desventajoso el RAIS, por lo cual el consentimiento estuvo viciado y genera nulidad. Señaló que el 28 de junio de 2019 presentó solicitud de nulidad de la afiliación a las AFP y **COLPENSIONES**, solicitudes que fueron rechazadas.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Indicó que el traslado de régimen pensional fue un acto voluntario del demandante, que no procede su retorno al RPM por restricción por edad, que el precedente jurisprudencial ha declarado sin efectos el traslado solo cuando la persona perdía el régimen de traslado pensional, habían alcanzado uno de los requisitos para causar la pensión o tenían una expectativa cercana a dicha prestación, situación que no corresponde a la del demandante, además no se acreditan vicios del consentimiento y no puede alegar el desconocimiento de la Ley a su favor. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones de la seguridad social públicas y la genérica (pág. 129 a 144 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*").

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y que rechazó la solicitud de nulidad. Indicó que el afiliado se vinculó a la AFP de forma libre y voluntaria y no hay prueba de constreñimiento o situaciones anómalas en dicho acto, siendo los asesores, quienes son permanentemente capacitados, diligentes al brindar la información verbal y asesoría clara, oportuna y veraz sobre las características y ventajas de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado, tras lo cual el afiliado plasmó por escrito su voluntad de traslado, además, el 18 de noviembre de 2005 realizó reasesoría y una proyección pensional de que en el RAIS la pensión sería de $2.674.060 y en el RAIS de $4.607.914, luego, el 25 de marzo de 2010 efectuó reasesoría donde se indicó que la pensión en el RPM sería de $8.206.553 y en el RAIS de $5.405.195, pero el demandante optó por permanecer en la AFP, quien el 21 de enero de 2008, 30 de mayo de 2008 y 29 de mayo de 2015 solicitó su vinculación al fondo de pensiones voluntarias, además no es beneficiario del régimen de transición y no puede retornar al RPM por la restricción por edad. Interpuso las excepciones de declaración libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, reasesoria en el mes de noviembre de 2005, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional cuando se declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción y la genérica (pág. 203 a 220 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*").

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la afiliación de la demandante al extinto ISS y que negó la solicitud de nulidad de la afiliación. Indicó que cumplió el deber de brindar información clara, veraz y oportuna, señalando que el monto de la pensión dependía del valor del capital, aportes voluntarios, bono pensional, tras lo cual el

demandante decidió afiliarse a la AFP, sin que fuera exigible el deber de buen consejo de explicar ventajas y desventajas de los regímenes, ya que dicho deber nación con el Decreto 2555 de 2010, por tanto, el demandante conocía las características técnicas del RAIS para tener elementos de juicio necesarios para tomar su decisión, además, los traslados entre AFP ratifican la decisión de permanecer al RAIS y nunca solicitó su retorno al RPM, la demandante no cumplió sus deberes como consumidora financiera, la falta de información a lo sumo genera nulidad relativa y ninguna norma impone la ineficacia por ausencia de información, más aún cuando la relación jurídica de afiliación al sistema de seguridad social no es contractual y por tanto no hay posición dominante de la AFP, en caso de condena, no procede devolver los rendimientos y al mismo tiempo los gastos, porque el demandante tendría una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el RPM. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (pág. 281 a 308 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*").

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (pág. 478 a 480 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*" y "*4 AUDIENCIA 80*").

El 14 de abril de 2021, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

> *"(...)* ***PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS*** *las EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE CAUSAL DE NULIDAD, COBRO DE LO NO DEBIDO, Y PRESCRIPCIÓN propuestas por las demandadas, en la forma expuesta, en la parte motiva de esta sentencia.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que el traslado del señor JUAN GUILLERMO DE LA HOZ TOBÓN identificado con la C.C. 3.182.836, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por inicialmente por PROTECCIÓN S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.* ***TERCERO: DECLARAR*** *que el demandante señor DE LA HOZ TOBÓN se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación, sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES todos*

los valores que hubiese recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, todo con sus frutos e intereses, incluyendo rendimientos, sin que se autorice a esa entidad a retener dineros, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos de su propio patrimonio. ***QUINTO: CONDENAR*** *a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES los dineros que en su momento hubiese descontado a título de gastos de administración de los ahorros del demandante, según las consideraciones señaladas, gastos de administración que también deberán ser asumidas de su propio patrimonio por parte de PORVENIR S.A.* ***SEXTO: CONDENAR*** *A COLPENSIONES, a recibir ese traslado de fondos que efectúen las codemandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A y convalidarlos en su historia laboral, para los efectos a que haya lugar.* ***SÉPTIMO: ABSOLVER*** *a las DEMANDADAS de la pretensión alusiva a los perjuicios morales y las pretensiones subsidiarias.* ***OCTAVO: CONDENAR*** *en costas a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de $ 900.000 M/Cte.* ***NOVENO:*** *se dispone la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Remítase el expediente una vez concluya la audiencia. (...)".*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la viabilidad de declarar nulo o ineficaz el traslado del demandante del RPM al RAIS y demás pretensiones.

Para resolver indicó que se acreditó que el demandante se afilió al ISS desde 1983 y el 09 de agosto de 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** y posteriormente efectuó 2 traslados de AFP, sin que los formularios de afiliación refieran que se brindó asesoría sobre las condiciones y características del RAIS, deber que no acreditaron las AFP demandadas, por tanto, no se demostró un consentimiento informado del afiliado ya que la H. CSJ ha sostenido que la mera firma del formulario no es prueba del cumplimiento del deber de información, más aún cuando las condiciones del RAIS relativas a las condiciones y cuantificación de la pensión no están claramente condicionadas en la Ley y dependen de factores externos que deben ser explicados, además, la reasesoría de 2010 se efectuó luego del vencimiento del término para trasladarse al

RPM y la afiliación a pensiones voluntarias no acredita, por si sola, una asesoría completa y oportuna sobre los regímenes pensionales y las consecuencias de permanecer en el RAIS, por lo cual declaró la ineficacia del traslado y absolvió de la indemnización de perjuicios morales por la falta de prueba de una afectación emocional y falta de cuantificación del daño.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a la devolución de gastos de administración por cuanto están consagrados en ambos regímenes pensionales, el pago del seguro previsional ya se realizó conforme Ley y no puede ser recobrado a la aseguradora, que es un tercero de buena fe, además, las comisiones son la contraprestación de la buena gestión de la AFP, la cual generó rendimientos, por ello, aplicar estrictamente las restituciones mutuas conlleva que la AFP devuelva los gastos pero el afiliado haga lo mismo con los rendimientos, so pena de generar un enriquecimiento sin causa (56:26 archivo "*4 AUDIENCIA 80*").

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la devolución de gastos de administración, porque es una condena inviable de cumplimiento porque ya fueron invertidos, conforme la Ley, para retribuir la gestión de la AFP, están también consagradas en el RPM, su devolución causa un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido, además, los gastos no financian la pensión y ordenar su devolución pese la buena gestión de la AFP vulnera los principios de buena fe y confianza legítima (59:10 archivo "*4 AUDIENCIA 80*").

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que se cumplió el deber de información porque no hay prueba de que la AFP no suministró la información o que el demandante desconoce las características del RAIS, donde ha estado afiliado 20 años y

además fue reasesorado en 2010, pese lo cual no retornó al RPM, además, la sentencia SL3752 de 2020 menciona los actos de relacionamiento como prueba del conocimiento del funcionamiento, características, ventajas y desventajas del régimen pensional, en todo caso, **COLPENSIONES** no tuvo injerencia en el traslado y por ello no puede ser condenada (01:01:57 archivo "*4 AUDIENCIA 80*").

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo, porque es conforme con el precedente jurisprudencial de la H. CSJ relativo a la ineficacia del traslado por incumplimiento del deber de información por parte de la AFP. Por su parte, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Winderson José Moncada Ramírez, identificado con CC 1.232.398.851 y TP 334.200 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, toda vez que el demandante está inmerso en la prohibición del traslado de régimen pensional por edad, sin que la aplicación del Decreto 1071 de 2015 sea retroactiva, además el actor no demostró perjuicio por pérdida de un tránsito legislativo o expectativa legítima, ni acreditó vicio del consentimiento ni desvirtuó la buena fe de las AFP ni usó el derecho de retracto; en todo caso, de acceder a las pretensiones, solicitó condenar a la devolución de todos los conceptos cobrados por la AFP al afiliado y no se condenada en costas.

La apoderada de **PROTECCIÓN S.A.** solicitó acceder a su recurso, al ser improcedente la devolución de los gastos de administración, por ser contrario al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que consagra dicho concepto en ambos regímenes y su destinación específica, condiciones que respeto la AFP, además se desconoce el principio de igualdad entre las partes, porque se desconoce la gestión profesional de la AFP y generación de rendimientos como causa del cobro de los gastos, so pena de generar un enriquecimiento sin justa

causa. A su vez, la doctora Ohana Alexandra Duarte Herrera, identificada con CC 53.077.146 y TP 184.941 del CSJ, en su calidad de abogada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de Godoy Cordoba Abogados S.A.S., apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.**, solicitó revocar el fallo, por cuanto el traslado de régimen fue efectuado de manera libre y voluntaria, se apreció de forma errónea el deber de información sin acatar las normas vigentes al momento del traslado, sin que exista una posición dominante de la AFP, además el demandante no retornó al RPM y la inconformidad con el monto de la pensión no es vicio del consentimiento, en todo caso, no procede ordenar la devolución de gastos de administración, porque dichas sumas no financian la pensión, fueron usadas conforme su destinación legal, no es procedente ordenar al devolución de gastos que redundaron en un acrecentamiento del patrimonio por rendimientos financieros, sin que su restitución al RPM cumpla algún objetivo y el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 establece que factores se trasladan entre los regímenes pensionales, sin incluir dichos gastos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la **PROTECCIÓN S.A.** y posteriores traslados de AFP, cumplen con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** el demandante **JUAN GUILLERMO DE LA HOZ TOBÓN** nació el 09 de enero de 1958 (pág. 20 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"); ***ii)*** el demandante se afilió al extinto ISS el 16 de agosto de 1983 y cotizó 576,29 semanas (pág. 145 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"); ***iii)*** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación con **PROTECCIÓN S.A.** el 09 de agosto 1994 (pág. 21 y 221 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"); ***iv)*** el demandante se trasladó a la extinta AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** al suscribir formulario de afiliación el 08 de mayo de 1995 y fue retirado el 30 de septiembre de 1996 (pág. 309 y 314 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"); ***v)*** el demandante se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, movimiento que conforme consulta de SIAFP tuvo como fecha de solicitud el 1° de julio de 1995 y con fecha de efectividad del 1° de agosto de 1995, AFP donde permanece vinculado y acumula más de 1869,43 semanas cotizadas a noviembre de 2019 (pág. 232 y 280 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*").

- **Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la

demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*".

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos

las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 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.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el *a quo* declaró ineficaz el traslado del RPM al RAIS, ordenó a las AFP trasladar los valores recibidos con ocasión de la vinculación del demandante sin retención de dineros, absolvió de las pretensiones por perjuicios morales y subsidiarias y condenó en costas a las demandadas.

La demandada **PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver gastos de administración. Indicó que dicho concepto fue consagrado para ambos

regímenes, ya se pagó el seguro previsional conforme Ley y no puede ser recobrado, que las comisiones son la contraprestación de la buena gestión de la AFP, la cual generó rendimientos y aplicar estrictamente las restituciones mutuas implica que la AFP devuelva los gastos pero que el afiliado devuelva los rendimientos, so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa.

La demandada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la condena a devolver los gastos de administración. Indicó que es una condena imposible de cumplir porque ya fueron usados, además están consagrados en ambos regímenes y su devolución causa un enriquecimiento sin justa causa y un pago de lo no debido, además lo gastos no financian la pensión y ordenar su devolución a pesar de la buena gestión de la AFP lesiona el principio de buena fe y confianza legítima.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y revocar el fallo. Indicó que se cumplió el deber de información ya que no hay prueba de que la AFP no suministró información o que el demandante desconoce las características del RAIS, donde ha estado más de 20 años, además fue reasesorado en 2010, pese lo cual no retornó al RPM, además la sentencia SL3752 de 2020 mencionó los actos de relacionamiento como prueba de conocimiento del régimen pensional y, en todo caso, **COLPENSIONES** no tuvo injerencia en el traslado y por ello no puede ser condenada.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si

bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS, mediante la afiliación a **PROTECCIÓN S.A.** efectuada el 09 de agosto 1994 (pág. 21 y 221 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*") y en los subsecuentes traslados de AFP a la extinta AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 08 de mayo de 1995 y retorno a **PROTECCIÓN S.A.** el 1° de julio de 1995, según el reporte en el SIAFP (pág. 280 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no se acredita con la mera firma del formulario de afiliación, conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP demandadas no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, llama la atención de esta Sala que se acreditó que el demandante en 2005 recibió una reasesoria el 18 de noviembre de 2005, oportunidad en la cual se indicó que era conveniente que permaneciera en **PROTECCIÓN S.A.**, porque se indicó que el valor de la pensión en el RPM sería de $2.674.060, mientras que su pensión en el RAIS a los 62 años sería de $4.607.015 (pág. 228 a 231 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"), sin que en el formulario soporte de dicha asesoría exista mención alguna de las condiciones que debía cumplir el accionante para alcanzar el monto pensional en el RAIS, o se hubiera hecho una comparación entre los regímenes pensionales.

De otra parte, también se acreditó que el 25 de marzo de 2010 recibió una segunda reasesoria pensional, en el cual se indicó que no le convenía quedarse en **PROTECCIÓN S.A.**, sin embargo, por cuanto se le hizo una proyección pensional en el RPM sería de $8.206.553, mientras que en el RAIS a los 62 años sería de $5.405.195 (pág. 225 a

227 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"), siendo relevante considerar que dicha asesoría se realizó luego de que el demandante cumpliera 52 años el 09 de enero de 2012, esto es, cuando ya estaba imposibilitado para realizar el traslado al RPM por la restricción por edad del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

De otra parte, si bien el accionante presentó solicitudes de afiliación al fondo de pensiones voluntarias de **PROTECCIÓN** el 21 de enero de 2008, 30 de abril de 2008 y 29 de mayo de 2015 (pág. 222 a 224 archivo "*1 EXPEDIENTE DIGITAL*"), dicho acto no acredita por si solo que dicha AFP hubiera realizado una asesoría sobre las características de los regímenes pensionales y las implicaciones de permanecer en el RAIS para su futuro pensional.

Así las cosas, esta Sala confirmará el fallo de primera instancia, en el sentido de no declarar la ineficacia de la afiliación sino solo la del traslado del régimen pensional, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que la ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba.

Lo anterior acarrea para **PROTECCIÓN S.A.** la obligación de devolver, debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, donde se rememoró la SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP **PROTECCIÓN S.A.** a **COLPENSIONES** debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES** (SL4989 de 2018; SL1421 de 2019 y SL1688 de 2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el correspondiente numeral de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP **PORVENIR S.A.** debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se modificará la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En cuanto la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en las sentencias SL1421 de 2019 y SL4062 de 2021 la H.

CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser

indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: ADICIONAR el numeral décimo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. Aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JUAN GUILLERMO DE LA HOZ TOBON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 017 2019 00594 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0254-2021

Radicado N° 18 2019 00035 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PORVENIR, PROTECCION Y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 19 de marzo de 2021, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MIGUEL ANGEL MAYA BEDOYA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que

se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 15 de marzo de 1956; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 23 de abril de 1979 y el 21 de julio de 1980, por un total de 73.71 semanas; que prestó servicios a la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA desde el 4 de mayo de 1987 hasta el 22 de mayo de 1987, del 2 de junio de 1987 hasta el 14 de julio de 1987, y del 21 de julio de 1987 hasta el 11 de agosto de 1987; que el 3 de mayo de 2001, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 3 de agosto de 2005, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN. Afirma que al momento del traslado no se le brindó información veraz y completa sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de su decisión, ni se le dio a conocer como sería su mesada pensional en dicho régimen. Por último, señala que mediante escrito del 21 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES reactivar su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la

afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (fls. 103 a 113).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor, su afiliación inicial a dicha entidad y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción (fls. 137 a 143).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 174 a 181).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de marzo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de MIGUEL ANGEL MAYA BEDOYA identificado con CC. 15.260.701 a PORVENIR S.A. suscrita el 3 de mayo de 2001, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor MIGUEL ANGEL MAYA BEDOYA identificado con CC. 51.657.077, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia*

siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. ***TERCERO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor MIGUEL ANGEL MAYA BEDOYA identificado con CC. 51.657.077, cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC. Esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento en que se realice el traslado de los aportes, sin efectuar deducción alguna.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por concepto de gastos de administración en que hubiere incurrido, desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que el demandante decidió trasladarse a PROTECCIÓN S.A. de conformidad con lo motivado.* ***QUINTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES reactivar la afiliación del señor MIGUEL ANGEL MAYA BEDOYA identificado con CC. 51.657.077, actualizar, corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de las ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.* ***SEXTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.* ***SEPTIMO:*** *Sin costas.* ***OCTAVO:*** *En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, conforme las previsiones del artículo 69 del CPT"*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso

bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que estos descuentos se encuentran debidamente autorizados en la ley, que ordenar la devolución de estos valores constituye un enriquecimiento sin causa en favor del demandante, pues los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual corresponden precisamente a la labor de administración que efectuó la entidad.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el traslado de régimen del actor en cuanto se encuentra incurso dentro de una prohibición legal y su decisión de trasladarse al RAIS fue libre y voluntaria. Señala que no se puede aplicar de manera automática la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y debe tenerse en cuenta al efecto que en el caso bajo estudio se acreditó que el demandante escogió de manera libre trasladarse al RAIS y permanecer en dicho régimen.

El apoderado de **PORVENIR** solicita en el recurso que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentarlo aduce que la entidad siempre actuó de buena fe, que no puede ordenarse la devolución de los gastos de administración en cuanto éstos se encuentran debidamente autorizados por la ley y la devolución de estos dineros constituiría un enriquecimiento sin causa en favor del demandante, quien se benefició de los rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no hay lugar a la ineficacia declarada.

El apoderado de PROTECCIÓN solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 15 de marzo de 1956 (fl. 15); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 23 de abril de 1979 y el 21 de julio de 1980, por un total de 73.71 semanas (fl. 48); ***iii)*** que prestó servicios a la BENEFICENCIA DE ANTIOQUIA desde el 4 de mayo de 1987 hasta el 22 de mayo de 1987, del 2 de junio de 1987 hasta el 14 de julio de 1987, y del 21 de julio de 1987 hasta el 11 de agosto de 1987 (fl. 40); ***iv)*** que el 3 de mayo de 2001, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (fl. 37) ; ***v)*** que el 3 de agosto de 2005, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 38); ***vi)*** que el 21 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES reactivar su afiliación al RPM (fl. 69).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de

régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a*

	artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor MIGUEL ANGEL MAYA BEDOYA se trasladó a AFP PORVENIR el 3 de mayo de 2001, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2, min. 20:38), pues al efecto solo manifestó que a su oficina llegó una persona que pasaba escritorio por escritorio señalando que el ISS se iba acabar y que el fondo privado les ofrecía estabilidad y mayor rentabilidad y beneficios, pero no le explicaron de manera clara y detallada en qué consistía el traslado y cuáles eran las consecuencias.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el

formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones, la que no fue objeto de controversia ni por acción ni por excepción en el presente proceso. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del

acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MIGUEL ANGEL MAYA BEDOYA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 018 2019 00035 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0243-2021
Radicado N° 20 2019 00559 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ROSALBINA SANCHEZ ANGEL, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad por ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 28 de febrero de 1963, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de enero de 1986 y el 31 de agosto de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 701 semanas; que el 12 de julio de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN; que el 5 de agosto de 2002, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 31 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM, y dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación inicial de la demandante a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 277 a 308, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los con el traslado de Régimen de la demandante y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y traslado de la totalidad de aportes a otra AFP (fls. 333 a 355, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora ROSALBINA SANCHEZ ANGEL, efectuado el 12 de julio de 1999 al FONDO PENSIONAL PROTECCION S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la administradora AFP PROTECCION S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada ROSALBINA SANCHEZ ANGEL, junto con los rendimientos financieros*

causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a las demandadas COLPENSIONES, y AFP PROTECCION S.A., a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque se encuentra incursa dentro de una prohibición legal. Dice además que según lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte conocía algunas características del RPM y del RAIS, que en el momento en que suscribió el traslado era completamente capaz y no probó la existencia de vicios en el consentimiento por lo que tampoco es dable concluir que el acto del traslado es nulo y que la única razón de inconformidad de la demandante se relaciona con el monto de la mesada pensional y ello no es motivo de nulidad. Solicita que se revoque la condena en costas, pues COLPENSIONES no tuvo incidencia en el traslado y su condena es una consecuencia de la ineficacia definida.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 28 de febrero de 1963 (fl. 87, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de enero de 1986 y el 31 de agosto de 1999, por un total de 701 semanas (fl. 51, Pdf. 1); ***iii)*** que el 12 de julio de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN (fl. 60, Pdf. 1); ***iv)*** que el 5 de agosto de 2002, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 61, Pdf. 1);

v) que el 31 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 81, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

Sobre este punto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ROSALBINA SANCHEZ ANGEL se trasladó a AFP PROTECCIÓN el 12 de julio de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal

afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 17:08), pues al efecto manifestó que para la época del traslado los asesores de PROTECCIÓN fueron a su lugar de trabajo para motivarla a que realizara el traslado a dicha entidad, que para el efecto le dijeron que podía pensionarse a menor edad, programar su pensión y obtener una mesada superior y que en general las condiciones eran más favorables que en el ISS, que no le dieron información detallada ni pormenorizada de los efectos de esa decisión.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Para resolver el argumento de apelación de COLPENSIONES, referido a que no es procedente dictar condena en costas en contra de la entidad, la Sala en consonancia con lo dispuesto en el artículo 392 del CGP revocará parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia para absolver de la condena en costas a esta entidad, pues la norma dispone esta carga a las partes que resultan vencidas y en el caso bajo estudio las órdenes dictadas a cargo de esta entidad son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus propios actos, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la

totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia para ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROSALBINA SANCHEZ ANGEL
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00559 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0244-2021

Radicado N° 20 2019 00766 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 19 de abril de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. Así mismo se condenó a COLPENSIONES a realizar el estudio correspondiente para reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

RUTH PATRICIA GAMA CASTRO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM. Pide además que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez definida en la Ley 797 de 2003, junto con el retroactivo pensional generado, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 6 de junio de 1961; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de febrero de 1984 y el 31 de octubre de 1997, y cotizó a dicha entidad un total de 684.71 semanas; que el 20 de enero de 1998, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que el 23 de mayo de 2001, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que el 14 de noviembre de 2001, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que posteriormente el 23 de septiembre de 2003, se trasladó a la AFP PORVENIR; que al momento del traslado de régimen y del traslado a las diversas AFP, las entidades demandadas no le brindaron asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas patrimoniales que implicaba el retorno al RPM donde su mesada pensional sería ostensiblemente superior; que el 25 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM, y dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la

prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con el traslado de la actora a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 (fls. 259 a 285, Pdf. 1).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 321 a 371, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y el traslado de Régimen, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP y traslado de la totalidad de aportes a otra AFP (fls. 380 a 405, Pdf. 1).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicha

entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a la AFP COLFONDOS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 451 a 466, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 19 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. También condenó a COLPENSIONES a realizar el estudio correspondiente para reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora RUTH PATRICIA GAMA CASTRO, efectuado el 20 de noviembre de 1997 al FONDO PENSIONAL PROTECCION S.A., conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: DECLARAR** como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la administradora AFP PORVENIR S.A., que es donde la actora se encuentra afiliada en la actualidad, devuelva la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada RUTH PATRICIA GAMA CASTRO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. **CUARTO: CONDENAR** en costas a las demandadas*

COLPENSIONES, AFP PROTECCION, AFP COLFONDOS Y AFP PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte. ***QUINTO: ORDENAR*** *a COLPENSIONES proceda a hacer un estudio minucioso de la historia laboral del accionante a efectos de reconocerle la pensión de vejez de la actora, conforme a los artículos, 21, 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 793 de 2003, una vez se verifique ya sea en forma tácita o expresa el retiro del sistema de seguridad social EN PENSIONES por parte de la accionante, tal como lo disponen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. En cuanto a los intereses del Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a su reconocimiento teniendo en cuenta que hasta ahora se produjo el cambio de régimen a COLPENSIONES y por ende no ha incurrido en mora en el reconocimiento de la prestación económica reclamada por la actora".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP a la cual la demandante realizó el traslado de régimen no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello dicho acto es ineficaz. Sobre el derecho pensional solicitado dijo que COLPENSIONES debe realizar el estudio pertinente de la historia laboral de la demandante y reconocer la pensión de vejez bajo los lineamientos que define la Ley 797 de 2003.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque

se encuentra incursa dentro de una prohibición legal. Dice además que según lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte conocía algunas características del RPM y del RAIS, que en el momento en que suscribió el traslado era completamente capaz y no probó la existencia de vicios en el consentimiento por lo que tampoco es dable concluir que el acto del traslado es nulo. Solicita que se revoque la condena en costas, pues COLPENSIONES no tuvo incidencia en el traslado y su condena es una consecuencia de la ineficacia definida.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones y solicita que se revoque la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy

PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 6 de junio de 1961 (fl. 33, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de febrero de 1984 y el 31 de octubre de 1997, por un total de 684.71 semanas (fl. 52, Pdf. 1); ***iii)*** que el 20 de noviembre de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 64, Pdf. 1); ***iv)*** que el 23 de mayo de 2001, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 67, Pdf. 1); ***v)*** que el 14 de noviembre de 2001, se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 65, Pdf. 1); ***vi)*** que el 23 de septiembre de 2003, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 71, Pdf. 1); ***vii)*** que el 25 de septiembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 86, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En la misma orientación, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de

diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora RUTH PATRICIA GAMA CASTRO se trasladó a AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 20 de noviembre de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 23:48), pues al efecto manifestó que para la época del traslado acudieron asesores de COLMENA a los puestos de trabajo para realizar la afiliación y de manera general le informaron que el ISS se iba acabar, que los aportes en el fondo generarían rendimientos y que podría pensionarse a menor edad.

Tampoco resulta útil lo manifestado por los representantes de PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 45:10, 55:57 y hora 01:01:57), pues nada concreto refirieron sobre el cumplimiento del deber de información, pues solo dijeron que no existía registro de los

términos en que se dio la vinculación de la demandante a cada uno de dichos fondos.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

En lo que respecta al reconocimiento de la pensión de la demandante, la Sala modificará el numeral quinto de la sentencia para establecer que COLPENSIONES deberá proceder al estudio del reconocimiento y pago de esta prestación y a definir aspectos tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha

de disfrute de la pensión una vez la AFP PORVENIR cumpla la obligación de trasladar las sumas ordenadas en esta decisión.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Para resolver el argumento de apelación de COLPENSIONES, referido a que no es procedente dictar condena en costas en contra de la entidad, la Sala en consonancia con lo dispuesto en el artículo 392 del CGP revocará parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia para absolver de la condena en costas a esta entidad, pues la norma dispone esta carga a las partes que resultan vencidas y en el caso bajo estudio las órdenes dictadas a cargo de esta entidad son una consecuencia de la ineficacia declarada y no de sus actos propios, por lo que no es dable concluir que haya resultado vencida en el proceso.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ORDENAR a COLPENSIONES que una vez reciba los valores definidos en esta sentencia a cargo de las AFP, proceda a estudiar el reconocimiento de la pensión de vejez de la demandante y a definir los aspectos que integran esta prestación, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el

momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia para ABSOLVER a COLPENSIONES de la condena en costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: RUTH PATRICIA GAMA CASTRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00766 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0255-2021
Radicado N° 21 2019 00415 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de COLPENSIONES y PROTECCIÓN contra la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MAURICIO MEDINA ACOSTA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 9 de octubre de 1959; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de junio de 1989 y el 31 de mayo de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 419.71 semanas; que el 25 de mayo de 1999, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 27 de febrero 2019, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM, y dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras del orden público (fls. 48 a 65).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor y con el traslado de Régimen a través de dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son

ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (Pdf, Cd. 5).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor MAURICIO MEDINA ACOSTA al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1° de julio de 1999, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válido la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante, aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor MAURICIO MEDINA ACOSTA. Para ello se concede el*

término de un mes. ***TERCERO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.* ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas, conforme a lo motivado.* ***QUINTO: COSTAS*** *en esta instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de $1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.* ***SEXTO:*** *CONSULTESE con el superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCION** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración y la prima de seguros previsionales. Para sustentar el recurso aduce que estos descuentos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante y COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y que de todas formas corresponde a la labor de administración realizada.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que

no es procedente la condena en costas impuesta en cuanto la entidad no participó en el acto del traslado de régimen del actor ordenar. Señala que el demandante está incurso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y no demostró dentro del expediente la existencia de vicio en el consentimiento alguno y por el contrario se encuentra suscrito el formulario donde manifestó de manera libre y voluntaria su intención de pertenecer al RAIS.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 9 de octubre de 1959 (fl. 19); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy

COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de junio de 1989 y el 31 de mayo de 1999, por un total de 419.71 semanas (fl.19); ***iii)*** que el 25 de mayo de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 34, Pdf. Cd. 5); ***iv)*** que el 27 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 17).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en

todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor MAURICIO MEDINA ACOSTA se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 25 de mayo de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 6 min. 16:18), pues al efecto manifestó que a su oficina acudió un asesor del COLMENA, quien le informó que era prudente y beneficioso para él trasladarse a un fondo privado que tenía mayor respaldo, rentabilidad y le generaría beneficios pensionales. Señaló que no se le informaron pormenores o particularidades de las consecuencias de su decisión.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCION en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y

dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir

en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Frente al argumento de apelación de la demandada COLPENSIONES, referido a la improcedencia de la condena en costas impuesta a la entidad, la Sala se abstendrá de pronunciarse en cuanto la sentencia de primera instancia no condenó en costas a COLPENSIONES.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y

asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MAURICIO MEDINA ACOSTA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 021 2019 00415 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0018-2021
Radicado N° 22 2014 00484 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandada sobre la sentencia dictada el 1° de diciembre de 2011, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se ordenó el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NELSON QUINTERO CASTAÑO, presentó demanda ordinaria laboral en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago del incremento pensional del 14% por

compañera a cargo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 01429 de 2008 le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2008, en cuantía inicial de $461.500, que convive con ALBA LUCIA ANGEL OSORIO, quien depende económicamente de él, no recibe pensión alguna y está registrada como su beneficiaria en el sistema de salud, que el 24 de noviembre de 2009 solicitó a la demandada el reconocimiento de la prestación y la entidad no se ha pronunciado sobre ésta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionado del actor y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, compensación, cosa juzgada, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de indemnización moratoria, pago y buena fe (fls. 19 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1° de diciembre de 2011, condenó a la demandada al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14%.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"**PRIMERO: CONDENAR** al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES representado legalmente por la Dra. Silvia Helena Ramírez Saavedra, o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al demandante señor NELSON QUINTERO CASTAÑO, el incremento pensional ordenado por el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año a partir del 1° de marzo de 2008 en proporción del 14% sobre la pensión legal mínima vigente por su compañera permanente ALBA LUCIA ANGEL OSORIO y sobre las mesadas subsiguientes y hasta cuando subsistan las causas que le dieron origen, incrementos que al 30 de noviembre de 2011 corresponden a un total $3.668.826, sin perjuicio de las que se causen a futuro, sumas que deberán ser debidamente indexadas hasta el momento en que se efectúe el pago, esto de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada. **TERCERO:** Dadas las resultas del proceso el despacho se releva del estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por el Instituto de Seguros Sociales. **CUARTO:** CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar la suma de $300.000 como costas, incluidas las agencias en derecho a favor del demandante".*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para resolverlo indicó que el actor acreditó el cumplimiento de los requisitos que define el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 para su causación y por ello ordenó su reconocimiento.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y se de aplicación a la sentencia SU 140 de 2019.

Por su parte el apoderado de la parte demandante no presentó alegaciones en esta instancia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Mediante auto del 29 de enero de 2020 (fls. 210 a 212) esta Corporación declaró la nulidad de lo actuado dentro de este proceso, con anterioridad al 1° de diciembre de 2011 para que el juez de primera instancia procediera a conceder el grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandada.

Por ello, la juez de primera instancia dispuso la remisión del expediente para que en los términos del artículo 69 CPT y de la SS se estudie el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto, procede la condena al pago del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que mediante Resolución N° 01429 del 28 de febrero de 2008 el ISS hoy COLPENSIONES reconoció pensión de vejez al actor

en aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1° de marzo de 2008 y en cuantía inicial de $461.500 (fl. 16); ***ii)*** que el 24 de noviembre de 2009 el demandante solicitó al ISS hoy COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional del 14% (fl. 22).

- **Sobre los Incrementos Pensionales**

Para resolver la controversia, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *"con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994".*

Al efecto conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2061-2021 acogió el criterio definido en la sentencia citada precedentemente, en el sentido de indicar que por la derogatoria orgánica de que fue objeto el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es procedente ordenar estos incrementos. Señaló además la Corte que de todas formas el reconocimiento de este derecho resulta incompatible con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política luego la reforma que realizó el Acto legislativo 01 de 2005, pues bajo este escenario solo es posible su reconocimiento cuando se trate de un derecho adquirido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, se revocará la sentencia de primera instancia que ordenó el pago de los mismos, pues tampoco se acreditó que el derecho pensional del demandante se hubiera causado antes del 1° de abril de 1994, y por ello se absolverá a la demandada de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por el demandante, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
CON Impedimento

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0245-2021
Radicado N° 24 2018 00252 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR, PROTECCIÓN, OLD MUTUTAL y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ANA ISABEL VARGAS CAMARGO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 20 de abril de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 25 de junio de 1983 y el 31 de marzo de 1995, y cotizó a dicha entidad un total de 368.14 semanas; que el 22 de marzo de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 8 de septiembre de 1997, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que el 17 de mayo de 2000, se trasladó a la AFP COLFONDOS; y finalmente el 21 de febrero de 2002, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL. Señaló, que al momento del traslado ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le informó de la oportunidad que tenía para regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Por último, afirmó que mediante escrito del 25 de enero de 2018, solicitó a COLPENSIONES aceptar el traslado de régimen y dicha entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante

para conocer las consecuencias de su traslado y prescripción (fls. 74 a 84).

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepción previa la falta de integración de litisconsorcio y como excepciones de fondo propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 127 a 146).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicho fondo y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 186 a 192).

Dentro de la audiencia realizada el día 19 de noviembre de 2019 se declaró probada la excepción previa de falta de integración de litisconsorcio necesario y se dispuso la vinculación de la AFP PROTECCIÓN y COLFONDOS (fl. 236).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos

y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 262 a 270).

Mediante auto del 21 de enero de 2021 el juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP COLFONDOS (fl. 282).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de la señora ANA ISABEL VARGAS CAMACHO identificada con CC. 51.634.187 a la AFP HORIZONTE hoy ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, suscrita el 22 de marzo de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales la señora ANA ISABEL VARGAS CAMACHO identificada con CC. 51.634.187 nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación definida. **TERCERO: ORDENAR** a OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ANA ISABEL VARGAS CAMACHO identificada*

con CC. 51.634.187 como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme la parte motiva de esta sentencia. ***CUARTO: ORDENAR*** *a las Administradora del Régimen de Ahorro Individual COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR a devolver a COLPENSIONES lo que hayan deducido de los aportes de la demandante por concepto de gastos de administración.* ***QUINTO: ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir a la señora ANA ISABEL VARGAS CAMACHO identificada con CC. 51.634.187 como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de OLD MUTUAL, COLFONDOS, PROTECCIÓN y PORVENIR.* ***SEXTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.* ***SEPTIMO:*** *Sin condena en costas en la instancia.* ***OCTAVO:*** *En caso de que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación, concédase el grado jurisdiccional de consulta".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que al momento del traslado de régimen

del demandante, el ordenamiento jurídico no determinaba ninguna forma concreta en que las AFP debían suministrar o brindar información, que solo con el desarrollo normativo y jurisprudencial se pudo establecer esta nueva obligación de documentar debidamente la información incluyendo cuadros comparativos, proyecciones pensionales y doble asesoría, entre otras. Dice que por esta razón el único documento que acredita tal deber es el formulario de afiliación suscrito y por ello se le debe dar plena validez probatoria, que adicionalmente debe tenerse en cuenta que la demandante tuvo varios traslados horizontales que ratificaban su voluntad de permanecer en el RAIS y además se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM. Pide que en caso de confirmarse la decisión no se ordene la devolución de los gastos de administración en cuanto éstos se encuentran debidamente autorizados por la ley y corresponden a la gestión que realizó la entidad durante el tiempo que la actora estuvo afiliada.

El apoderado de **OLD MUTUAL** solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para el efecto aduce que debe tenerse en cuenta que el traslado de régimen de la demandante no se realizó a través de dicho fondo y su actuación se reduce a la aceptación de un traslado horizontal de AFP. Dice que para el momento en que la actora se trasladó al RAIS no existía obligación legal que definiera una forma específica de orientar la información que debía suministrarse a los afiliados y por ello no se puede exigir el cumplimiento de un deber que no existía. Señala que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, pues éstos se encuentran debidamente autorizados en la ley y corresponden a la contraprestación que debe reconocerse a la entidad por su labor de administración y que está reflejada en los rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual.

El apoderado de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que ordenar la devolución de estos valores genera un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES, pues a dicha entidad se giran también los rendimientos que son el fruto de la labor desarrollada por el fondo. Aduce además que por ser los gastos de administración de tracto sucesivo están sometidos al término de prescripción que disponen las normas y que adicionalmente no es un concepto destinado a financiar la pensión.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que la demandante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y que no cumple con ninguna condición especial, tal como ser beneficiaria del régimen de transición que le permita trasladarse en cualquier tiempo. Señala que la demandante nunca mostró interés propio en obtener información relevante sobre su futuro pensional y por ello debe cargar con las consecuencias de su omisión.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de OLD MUTUAL solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 20 de abril de 1962 (fl. 21); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 25

de junio de 1983 y el 31 de marzo de 1995, por un total de 368.14 semanas (fl. 44); ***iii)*** que el 22 de marzo de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 199 vto.); ***iv)*** que el 8 de septiembre de 1997, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 275); ***v)*** que el 17 de mayo de 2000, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 275 vto.); ***vi)*** que el 21 de febrero de 2002, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 147); ***vii)*** que el 25 de enero de 2018, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 50 y 51).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema

de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

	derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ANA ISABEL VARGAS CAMARGO se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 22 de marzo de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 3, min. 22:38), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado laboraba en la UNIAGRARIA y los citaron en la biblioteca con el fin de que atendieran la visita de unos asesores del fondo de pensiones Horizonte, que de manera individual un asesor le manifestó que el ISS se iba acabar y que en dicho fondo tendría mayores beneficios al momento del reconocimiento de la pensión porque podía pensionarse a menor edad y con una mesada superior a la que le correspondería en el ISS.

Tampoco resulta relevante lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en el interrogatorio de parte absuelto (CD. 3, min. 54:48), pues sobre el particular solo manifestó que para la fecha del traslado de la demandante no existía la obligación de documentar la información que se brindaba.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como

lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que opera es la ineficacia del acto del traslado y no de la afiliación, pues las consecuencias jurídicas que aquí se declaran se derivan de la falta al deber de información al momento del traslado y no de la afiliación que es la que se realiza inicialmente al Sistema de Pensiones. Ello conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP OLD MUTUAL, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se adicionará el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia apelada para disponer que las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA ISABEL VARGAS CAMARGO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2018 00252 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0261-2021
Radicado N° 24-2018-00636-01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las **DEMANDADAS** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional y como única afiliación valida la del RPM, ordenó la devolución de los saldos de la CAIP sin descuento alguno y a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral y se abstuvo de condenar en costas (fl. 174 a 175, 02:01:35 cd fl, 173).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 19).**

ÁNGELA PATRICIA LOZANO USECHE solicitó declarar nulo su traslado del RPM al RAIS, en consecuencia, condenar a la devolución de aportes y rendimientos, sin descuento alguno, así como al pago de 50 SMLMV por atentar contra los derechos pensionales, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 2 de enero de 1962; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de octubre de 1985 y el 31 de marzo de 1997, por un total de 81.57 semanas; que el 05 de marzo de 1997, se trasladó del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP le suministrara información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales; señaló que el extinto ISS nunca le procuró asesoría sobre los efectos del traslado de régimen y que nunca informó a su empleador de dicho cambio pese lo ordenado por el artículo 128 de la Ley 100 de 1993. Aseguró que el 24 de julio de 2018 solicitó su desvinculación ante la AFP y esta negó la petición, así mismo, el 06 de julio de 2018 **COLPENSIONES** negó su afiliación al RPM.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó que negó la solicitud de afiliación al RPM de la demandante de 2018. Indicó que la afiliación a la AFP generó obligaciones reciprocas a las partes y por tanto la demandante debía informarse sobre las características de cada régimen pensional, las cuales son de público conocimiento al estar consagradas en la Ley, sin que exista prueba de vicio del consentimiento porque la inconformidad en el valor de la pensión no equivale a error, fuerza o dolo, mientras que la firma del formulario de afiliación y el pago de aportes reflejan la voluntad de permanecer en el RAIS, siendo imposible al momento del traslado realizar proyección pensional porque no se contaba con la densidad de semanas necesarias para determinar dicho cálculo. Interpuso las excepciones de buena fe, hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidad de la demandante para conocer las consecuencias del traslado, prescripción y la genérica (fl. 55 a 61).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las

pretensiones. Aceptó que negó la solicitud de desvinculación de 2018. Indicó que suministró toda la información sobre las características de los regímenes pensionales y la demandante tomó la decisión libre de vincularse a la AFP y plasmó en el formulario de afiliación que dicha elección fue libre y espontánea, aclarando que del 24 de mayo de 2001 al 31 de agosto de 2004 hubo traslado a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** y luego retornó a la AFP HORIZONTE hoy **PROVENIR S.A.** el 19 de julio de 2004, sin que durante todos esos años se solicitara el retorno al RPM o se ejerciera el derecho de retracto, ratificando su voluntad de pertenecer al RAIS, siendo improcedente el traslado de régimen por la restricción por edad y cualquier eventual causa de nulidad se saneó por el paso del tiempo. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (fl. 67 a 90).

Mediante auto del 24 de septiembre de 2019 se ordenó la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** (fl. 110). Dicha AFP se opuso a las pretensiones y aceptó como cierto que ninguna AFP puede aprobar solicitudes de desvinculación. Indicó que sus asesores asesoran de forma objetiva e integral las características de ambos regímenes y los aspectos propios del RAIS, tras lo cual la demandante realizó su propio juicio de conveniencia y decidió libre y voluntariamente su traslado de AFP, acto jurídico que cumple todos los requisitos de existencia y validez sin adolecer de vicio del consentimiento, siendo de público conocimiento la crisis financiera del ISS sin que tal hecho sea imputable a los asesores del fondo, accediendo la demandante al derecho a tener una pensión acorde a los aportes realizados, siendo improcedente el retorno al RPM por la restricción por edad y sin que pueda darse alcance retroactivo a las normas que impusieron los estándares de buen consejo y doble asesoría a momentos en que no habían sido expedidas. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, improcedencia de devolver el seguro provisional

y comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación y la genérica (fl. 131 a 147).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 174 a 175, 02:01:35 cd fl, 173).

El 11 de diciembre de 2020, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

"(...) ***PRIMERO: DECLARAR*** *la* ***INEFICACIA*** *de la afiliación de la señora* ***ÁNGELA PATRICIA LOZANO USECHE****, identificada con la C.C. 51.677.042, a* ***PORVENIR S.A.****, suscrita el 05 de marzo de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.* ***SEGUNDO: DECLARAR*** *que para todos los efectos legales la señora* ***ÁNGELA PATRICIA LOZANO USECHE****, identificada con la C.C. 51.677.042, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.* ***TERCERO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.****, a trasladar a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora* ***ÁNGELA PATRICIA LOZANO USECHE****, identificada con la C.C. 51.677.042, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento en que se realice el traslado de los aportes, sin realizar deducción alguna, debiendo trasladar lo que haya deducido por concepto de gastos de administración, los que debe asumir con cargo a su propio patrimonio.* ***CUARTO: ORDENAR*** *a* ***PROTECCIÓN S.A.*** *a trasladar con destino a* ***COLPENSIONES*** *las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos de administración en que hubiere incurrido, desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la demandante decidió trasladarse a* ***SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.****, de conformidad con lo motivado.* ***QUINTO: ORDENAR*** *a la* ***ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES*** *a reactivar la afiliación de la señora* ***ÁNGELA PATRICIA LOZANO USECHE****, identificada con la C.C. 51.677.042, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de la* ***ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*** *y* ***PROTECCIÓN S.A. SEXTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de*

prescripción. ***SÉPTIMO: SIN CONDENA*** *en costas en la instancia.* ***OCTAVO:*** *en caso de no apelarse la presente sentencia, remítase el expediente para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor. (...)".*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico verificar si al momento de traslado de régimen pensional y posteriores traslados de AFP se incumplió el deber de información y se tiene el derecho a retornar al RPM y demás pretensiones.

Para resolver indicó que el deber de información de las AFP nace del Decreto 663 de 1993, siendo responsables de exponer las condiciones de cada régimen pensional y las condiciones y circunstancias que afectan la formación del derecho pensional, porque no se requiere el mero consentimiento sino la libertad informada para que sea válido el traslado, carga de la prueba en cabeza de la AFP y que no se prueba con el solo formulario de afiliación, sin que en el presente asunto se demuestre el cumplimiento diligente de dicho deber al momento del traslado de régimen y posteriores cambios de AFP, por lo cual declaró ineficaz el traslado al RAIS y ordenó la devolución de los saldos de la CAIP sin descuento de gastos de administración.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que se le restó mérito probatorio al formulario de afiliación, la cual es la única prueba de la asesoría porque en la fecha del traslado no se exigía prueba escrita de la asesoría, deber que inició con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, de otra parte, aseguro que no procede aplicar de forma automática las sentencias con radicado 33.083 y 31.989 porque se trata de casos donde se demostró que la AFP dio información falsa o que la persona estaba *ad portas* del derecho pensional, lo cual no se demostró en el caso bajo estudio, sin que este probado vicio del consentimiento sino por el contrario se demostró la negligencia de la demandante sobre su

situación pensional, finalizó indicando que no es posible devolver los gastos de administración porque se cubrió el riesgo de IVM y su devolución desfinancia el sistema y desconoce los lineamientos de la Superfinanciera, sin que el Juez pueda derrumbar dichos actos administrativos sin la comparecencia de dicha Entidad (02:04:10 cd fl, 173).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar el numeral 4° del fallo. Indicó que los gastos de administración se realizaron aplicando una disposición legal exigible, se trata de comisiones ya causadas y pagadas por la afiliación de la demandante, por ende, si se ordena su devolución indicando que las cosas deben volver al estado anterior conlleva a que la AFP no deba entregar los rendimientos, los cuales fueron generados por la vinculación al RAIS (02:13:13 cd fl, 173).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que no se establecieron vicios del consentimiento, que la demandante como abogada tiene conocimiento de las obligaciones jurídicas reciprocas que genera un negocio jurídico, pero fue omisiva y falta de intereses sobre su situación pensional y solo hasta que contrato asesoría se interesó, pero ya no procede el traslado de régimen por la restricción por edad, no tiene régimen de transición o las condiciones exigidas en la sentencia SU-062 de 2010 y el traslado afecta la sostenibilidad financiera, universalidad y progresividad de las pensiones porque se desfinancia el sistema (02:14:37 cd fl, 173).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de la demandada **COLPENSIONES** indicó que la demandante no puede retornar al RPM en cualquier momento y está sometida a la restricción de traslado por edad, nunca se preocupó por averiguar las condiciones del régimen al cual estaba afiliado y, en todo caso, no es procedente la

condena en costas o retroactivo pensional, el error en un punto de derecho no vicia el consentimiento y de resultar avante las pretensiones, la AFP deberá retornar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación. De otra parte, la Dra. Martha Mariño Castañeda, identificada con CC 52.517.325 y TP 172.035 del CSJ, en nombre de la demandada **PORVENIR S.A.** conforme escritura pública por la cual se le otorgó poder, a quien se reconoce como apoderada principal de dicha parte, solicitó revocar el fallo, porque se dio por demostrado sin estarlo que la demandante no fue informada, pese existir una manifestación por escrito de la voluntad de pertenecer al RAIS, donde ha estado afiliada por más de 24 años, además no se acreditó ningún vicio del consentimiento ni ninguna trasgresión de las normas vigentes a la fecha del traslado relativas a la validez del mismo, por tanto, no es aplicable el precedente jurisprudencial de manera automática ni obligar a lo imposible a la AFP, en todo caso, la condena a gastos de administración no procede porque la AFP con su gestión generó rendimientos y cubrió los riesgos de invalidez, vejez y sobrevivencia, por ende, los gastos fueron usados conforme la Ley y no deben ser devueltos.

Agotado el término de traslado, las demás partes se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente no hay controversia de que: ***i)*** la demandante **ÁNGELA PATRICIA LOZANO USECHE** nació el 02 de enero de 1962 (fl. 32); ***ii)*** que realizó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de octubre de 1987 y el 31 de marzo de 1997, por un total de 81.57 semanas (Cd 1 exp. Advo); ***iii)*** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 05 de marzo de 1997 (fl. 94), el cual se hizo efectivo el 1° de mayo de 1997 (fl. 95); ***iv)*** la demandante se trasladó a la extinta AFP SANTANDER hoy **PROTECCIÓN S.A.** el 24 de mayo de 2001 (fl. 147vto), el cual se hizo efectiva el 1° de julio de 2001 (fl. 148vto); ***v)*** la demandante se trasladó a la extinta AFP HORIZONTE hoy **PORVENIR S.A.** el 19 de julio de 2004 (fl. 94vto), el cual se hizo efectivo el 1 de septiembre de 2004 (fl. 95), AFP donde sigue vinculada.

- **Fundamentos Normativos sobre el Traslado de Régimen Pensional.**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 y SL4062 de 2021, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever*".

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017, SL1421 de 2019 y SL3199 de 2021, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía "*a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada*" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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 y SL4985 de 2021.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279 de 2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279 de 2021).

En la sentencia SL3464 de 2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 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.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la *a quo* declaró ineficaz el traslado de régimen pensional y como única afiliación valida la del RPM, ordenó la devolución de los saldos de la CAIP sin descuento alguno y a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral y se abstuvo de condenar en costas.

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia. Indicó que se le restó mérito probatorio al formulario de afiliación, única prueba de la asesoría porque para entonces no se requería prueba escrita de la misma; que no se pueden aplicar de forma automática las sentencias de la H. CSJ

porque no se demostró información falsa o que la demandante estaba ad portas de su derecho pensional, siendo negligente la promotora del litigio sobre su situación pensional, así mismo, no procede devolver los gastos de administración porque cubrieron los riesgos del IVM y la devolución desfinancia el sistema y desconoce los lineamientos de la Superintendencia.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el numeral 4 del fallo. Indicó que los gastos de administración se aplican por una disposición legal vigente, por comisiones ya causadas y pagadas y su devolución alegando dejar las cosas al estado conlleva que la AFP no deba entregar rendimientos.

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación y solicitó revocar el fallo. Indicó que no hay vicios del consentimiento, que la demandante como abogada conoce las obligaciones jurídicas reciprocas de un negocio jurídico, pero fue negligente sobre su situación pensional y cuando se asesoró ya estaba en la restricción de traslado por edad, además no tiene régimen de transición o las condiciones señaladas en la sentencia S-062 de 2010, por lo cual su traslado afecta la sostenibilidad financiera, universalidad y progresividad de las pensiones.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4062 de 2021.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por

medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial las sentencias SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

Conforme la posición de la H. CSJ, el deber de información se impuso a las AFP desde su creación, al punto que el artículo 4 del Decreto 720 de 1994 establece que las actuaciones de los vendedores en el ejercicio de su actividad obligan a la sociedad administradora del sistema general de pensiones, a su vez, la carga de la prueba sobre su cumplimiento diligente corresponde a la AFP, motivo por el cual, si bien los cambios normativos han modificado las condiciones de cumplimiento del mismo, tal deber siempre ha existido.

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** el 05 de marzo de 1997 (fl. 94), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ, por tanto, se infiere razonablemente que las AFP demandadas no demostraron el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional o con posterioridad.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la demandante es abogada y que realizó múltiples traslados de AFP, sin embargo, dichas circunstancias no acreditan por si solas que las AFP demandadas cumplieron de forma diligente con su obligación de información, siendo relevante considerar que la demandante no confesó ninguna circunstancia en su interrogatorio, por cuanto fue enfática en indicar que no es especialista en pensiones y que nunca se le explicaron las condiciones del RPM para poder comparar los regímenes y tomar una decisión informada.

Así las cosas, esta Sala modificará el fallo de primera instancia, en el sentido de no declarar la ineficacia de la afiliación sino solo la del traslado del régimen pensional, porque los antecedentes jurisprudenciales expuestos señalan que la ineficacia recae sobre el acto del traslado de régimen, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba.

Lo anterior acarrea para **PORVENIR S.A.** la obligación de devolver, debidamente indexados, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a **COLPENSIONES**, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421

de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, donde se rememoró la SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a **COLPENSIONES** activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP **PORVENIR S.A.** a **COLPENSIONES** debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por **COLPENSIONES** (SL4989 de 2018; SL1421 de 2019 y SL1688 de 2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el correspondiente numeral de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP **PROTECCIÓN S.A.** debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se modificará la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En cuanto la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en las sentencias SL1421 de 2019 y SL4062 de 2021 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado del RPM al RAIS que realizó la demandante **ÁNGELA PATRICIA LOZANO USECHE** y de los subsecuentes traslados entre AFP, conforme la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones

que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

SEXTO: SIN COSTAS en segunda instancia y grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada. aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado.

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANGELA PATRICIA LOZANO USECHE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2018 00636 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0262-2021
Radicado N° 24 2019 00748 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ARMANDO RAMIREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que

se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 8 de noviembre de 1961; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 8 de mayo de 1986 y el 31 de mayo de 1996, y efectuó cotizaciones a dicha entidad por un total de 483,14 semanas; que el 22 de marzo de 2001, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (fls. 85 a 101).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del actor, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en caso de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad

financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción inexistencia (fls. 146 a 159).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación que realizó el señor ARMANDO RAMIREZ identificado con CC. N° 3.078.558 a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. el 22 de marzo de 2001 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo. **SEGUNDO: DECLARAR** que para todos los efectos legales el señor ARMANDO RAMIREZ identificado con CC. 3.078.558, nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **TERCERO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ARMANDO RAMIREZ identificado con CC. N° 3.078.558 como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC., esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con lo que se haya deducido por gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir del señor ARMANDO RAMIREZ identificado con CC. N° 3.078.558,*

como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral, una vez reciba los dineros que debe trasladar PORVENIR. ***QUINTO: DECLARAR*** *no probada la excepción de prescripción.* ***SEXTO:*** *Sin condena en costas en esta instancia.* ***SEPTIMO:*** *En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de consulta".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado del actor es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional del demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley. Frente a la devolución de los gastos de administración manifestó que éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado para COLPENSIONES, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y que de todas formas corresponde a la labor de administración realizada. Finalmente, señala que los gastos de administración y primas pagadas por

concepto de seguros se encuentran sujetas al término de prescripción previsto en las normas laborales.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso del demandante al RPM porque al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Señaló, que el demandante tampoco demostró haber sido diligente investigando o buscando la asesoría que aquí reclama en el fondo de pensiones. Pide que en caso de confirmarse la decisión debe ordenarse la devolución de los gastos de administración y descuentos realizados por seguros previsionales debidamente indexados.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicitó que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 8 de noviembre de 1961 (fl. 37); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 8 de mayo de 1986 y el 31 de mayo de 1996 por un total de 483.14 semanas (Cd. 2, exp. Advo.); ***iii)*** que el 22 de marzo de 2001 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 38).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271,

señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor ARMANDO RAMIREZ se trasladó a la AFP PORVENIR el 22 de marzo de 2001, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4 min. 13:16), pues al efecto solo manifestó que en el año 2001 cambió de trabajo y al lugar donde llegó a trabajar había una asesora de PORVENIR, que él le manifestó que estaba afiliado al ISS y la asesora le dijo que todos los fondos eran iguales y ella procedió a diligenciar el formulario le dijo que lo firmara, pero no le dio ningún tipo de información relacionada con un traslado o con el RAIS.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco

aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala modificará la decisión de primera instancia en el sentido de indicar que lo que se configuró fue la ineficacia del acto del traslado de régimen pensional, pero no de la afiliación como lo declaró el *a quo*, pues de conformidad con el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, la afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado, razón por la cual el acto de afiliación es uno solo y se predica de todo el sistema mas no de un régimen pensional en particular. Además el acto de afiliación al sistema no fue objeto de controversia por acción ni por excepción.

La declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a

COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e

imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL que efectuó el demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en

el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ARMANDO RAMIREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2019 00748 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0263-2021
Radicado N° 26 2018 00660 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PROTECCIÓN y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 14 de abril de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CLAUDIA TERESA MORENO PINEDA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 5 mayo de 1966, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 28 de febrero de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 194.43 semanas; que el 19 de septiembre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 26 de enero de 2006, se trasladó a la AFP COLFONDOS; y finalmente, el 31 de octubre de 2016, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 24 de agosto de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 102 a 107).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y la afiliación a dicho fondo, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión por administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 145 a 156).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (fls. 180 a 191).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo

exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 208 a 222).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1994. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR S.A. Fijándose como agencias en derecho la suma de$800.000."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las

demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que el descuento que realiza la AFP por este concepto se encuentra debidamente autorizado por la ley, y que dichos valores están destinados a retribuir la labor de administración del fondo durante el tiempo de afiliación de un afiliado. Señala que a los demás descuentos efectuados se les dio la destinación que la ley ordena y por ello dichos valores no se encuentran en poder de la entidad.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la ineficacia de traslado declarada. El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 5 de mayo de 1966 (fl. 13); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 28 de febrero de 1990 y el 31 de diciembre de 1994, por un total de 194.43 semanas (fl. 33); ***iii)*** que el 19 de septiembre 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 15); ***iv)*** que el 26 de enero de 2006, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 226); ***v)*** que el 31 de octubre de 2016, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN (fl. 17); ***vi)*** que el 24 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 22).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

En relación con el marco normativo relacionado con la selección de régimen pensional, es preciso señalar que su principal característica se encuentra prevista en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra el derecho para el afiliado de

escogerlo libre y voluntariamente; igualmente, el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con la normativa precedente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En igual sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema

General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Sala de Casación Laboral, en sentencias con

radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una

ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora CLAUDIA TERESA MORENO PINEDA se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 19 de septiembre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3, min. 12:30), pues al efecto solo manifestó que a su lugar de trabajo acudió un asesor de HORIZONTE, quien le dijo que el ISS se iba acabar y que los fondos privados ofrecían mayores beneficios, que podía pensionarse a menor edad y con una mesada más alta. Señaló que en general no se le dio información detallada sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 3 min. 11:11), pues al efecto solo manifestó no haber estado presente en el momento del traslado de la demandante y que no se encuentra documentado el tipo de información que se brindó porque para ese momento no era obligación legal guardar documentos sobre el particular.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCION, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL

del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, que omitió referirse a este puntual aspecto.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que las AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada salvamento de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CLAUDIA TERESA MORENO PINEDA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2018 00660 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0017-2021

Radicado N° 26 2019 00642 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 4 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FERNANDO FONSECA RAMIREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 28 de diciembre de 1958; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 17 de abril de 1985 y el 31 de agosto de 1996, y realizó cotizaciones a dicha entidad por un total de 263.57 semanas; que el 29 de julio de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN); que el 23 de agosto de 2005, se trasladó a la AFP COLFONDOS; que al momento del traslado ninguna de las AFP demandadas le brindó información sobre las implicaciones del traslado, consecuencias, ventajas y desventajas del acto que estaba suscribiendo; que el 13 de junio de 2018, solicitó a COLPENSIONES la activación de su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del demandante y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 189 a 196).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor y su afiliación a dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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, reconocimiento de restitución mutua a favor de

la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa e inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 217 a 229).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS se allanó a las pretensiones de la demanda (fl. 215).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 18 de febrero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP demandada trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a partir de julio de 1996, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada PROTECCIÓN, fijándose como agencias en derecho la suma de $800.000."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al Régimen de Ahorro

Individual. Para resolverlo indicó que, bajo el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, existe el derecho a la libre escogencia y el deber de información para con el afiliado, por lo que son las administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad las que deben acreditar el cumplimiento de tal deber legal. Dijo que las pruebas del expediente no acreditan que las AFP demandadas hubieran cumplido con la obligación de brindar información veraz, clara y completa al afiliado sobre las implicaciones del traslado y por ello dicho acto es ineficaz.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente disponer la ineficacia de traslado solicitada.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES, se remitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, conforme el artículo 69 CPT y de la SS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 28 de diciembre de 1958 (fl. 29); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 17 de abril de 1985 y el 31 de agosto de 1996 por un total de 263.57 semanas (fl. 43); ***iii)*** que el 29 de julio de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. (fl. 236); ***iv)*** que el 23 de agosto de 2005 se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 247); ***v)*** que el 13 de junio de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fl. 53).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de

diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor FERNANDO FONSECA RAMIREZ se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 29 de julio de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (CD2. min. 19:57), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, trabajaba con Internacional de Vehículos, que los citaron a una reunión general en la sala de ventas donde se encontraban varios asesores, que les dijeron que el ISS se iba acabar y debían cambiarse de fondo, que los fondos privados ofrecían un mayor respaldo, que daban la oportunidad de pensionarse a menor edad y tener una mesada superior o igual a la del ISS.

Tampoco resulta relevante al efecto lo manifestado por la representante legal de la AFP PROTECCION en diligencia de interrogatorio de parte (CD. 2 min. 14:44), pues solo dijo que para el momento del traslado no existía la obligación de documentar el

tipo de información que se brindaba y que los asesores de la entidad se encontraban debidamente capacitados para atender las inquietudes y brindar la información requerida por el afiliado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN S.A., debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia que omitió dictar condena en este sentido.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PROTECCIÓN S.A. deberá asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que

deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: FERNANDO FONSECA RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00642 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0264-2021

Radicado N° 26 2019 00782 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 15 de abril de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA GLORIA GOMEZ VANEGAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

También solicita que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional causado.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 26 de abril de 1960; que prestó servicios al Hospital San Juan de Dios entre el 10 de octubre de 1984 y el 3 de noviembre de 1984; entre el 21 de noviembre de 1984 y el 18 de diciembre de 1984; entre el 28 de diciembre de 1984 y el 22 de enero de 1985; entre el 3 de junio de 1986 y el 1° de agosto de 1986; entre el 4 de agosto de 1986 y el 1° de noviembre de 1986; del 10 de noviembre de 1986 al 9 de diciembre de 1986; del 22 de diciembre de 1986 al 10 de enero de 1987; del 21 de enero de 1987 al 11 de febrero de 1987; y del 4 de marzo de 1987 al 2 de septiembre de 1993; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 13 de febrero de 1991 y el 31 de marzo de 1998, y cotizó a dicha entidad un total de 307 semanas; que el 8 de diciembre de 1998, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó que podría regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 29 de mayo de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y el reconocimiento de la pensión de vejez.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la

edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 114 a 122).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 135 a 143).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 15 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de 1998. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las*

semanas cotizadas por la demandante. ***CUARTO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, calculándose el ingreso base de liquidación con el promedio devengado en los diez últimos años de servicio o toda la vida laboral, aplicando el ingreso base que le sea más favorable a la actora y contabilizándose hasta la última semana de cotización y hasta que se acredite la novedad de retiro con el empleador, razón por la cual desde dicha data se reconocerá las mesada pensionales a la actora.* ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.* ***SEXTO: CONDENAR*** *en costas a la demandada PORVENIR S.A. Fijándose como agencias en derecho la suma de$800.000."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

Frente al reconocimiento de la pensión señaló que la demandante cumple los requisitos previstos en la Ley 797 de 2003 y por ello es procedente ordenar a COLPENSIONES reconocer y pagar esta prestación a la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente aplicar de manera automática el precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, pues en este caso puntual, la demandante no acreditó que el hecho del traslado de régimen le generara un perjuicio o que perdiera algún beneficio como el de la transición. Señala que el traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley. Frente a la devolución de los gastos de administración manifestó que éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y que de todas formas corresponde a la labor de administración realizada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, en cuanto no resulta aplicable al caso bajo estudio el criterio jurisprudencial definido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La apoderada de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 26 de abril de 1960 (fl. 21); ***ii)*** que prestó servicios al Hospital San Juan de Dios entre el 10 de octubre de 1984 y el 3 de noviembre de 1984, entre el 21 de noviembre de 1984 y el 18 de diciembre de 1984, entre el 28 de diciembre de 1984 y el 22 de enero de 1985, entre el 3 de junio de 1986 y el 1° de agosto de 1986, entre el 4 de agosto de 1986 y el 1° de noviembre de 1986, del 10 de noviembre de 1986 al 9 de diciembre de 1986, del 22 de diciembre de 1986 al 10 de enero de 1987, del 21 de enero de 1987 al 11 de febrero de 1987 y del 4 de marzo de 1987 al 2 de septiembre de 1993 (fl. 59); ***iii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 13 de diciembre de 1991 y el 31 de diciembre de 1998 por un total de 307 semanas (fl. 41); ***iv)*** que el 8 de diciembre de 1998 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 50); ***v)*** que el 29 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y el reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 66).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Desde el punto de vista normativo, la selección de régimen pensional, se encuentra previsto en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra el derecho de los afiliados a escoger libre y voluntariamente el régimen respectivo; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, reiterando que la selección del mismo, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Mas adelante, el artículo 271 establece, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el momento a partir del cual las AFP debían asumir dicha obligación, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En los mismos términos, la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y*

las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever."

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*

Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la

prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA GLORIA GOMEZ VANEGAS se trasladó a la AFP PORVENIR el 8 de diciembre de 1998, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora

en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2, min. 11:50), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Clínica Colombia, que inicialmente el fondo de pensiones Porvenir realizó una reunión general donde les dieron a conocer la empresa y a lo que se dedicaban, que posteriormente un asesor de la entidad paso a su puesto para reconocer los datos de formulario y diligenciarlo. Señala que no se le dio información alguna sobre las implicaciones del traslado o las consecuencias del acto que estaba suscribiendo.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por el representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 min. 08:07), pues al efecto solo manifestó no haber estado presente en el momento del traslado de la demandante y que dentro del expediente administrativo de la demandante solo obra el formulario de afiliación suscrito.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Teniendo en cuenta que, en efecto, la demandante cumplió los requisitos exigidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 para configurar su derecho a la pensión legal de vejez, por cuanto cumplió 57 años el 26 de abril de 2017 (fl. 21) y acumuló más de 1.300 semanas de cotización (fls. 27 a 42), la Sala adicionará en numeral cuarto de la decisión de primera instancia, en el sentido de indicar que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectué el traslado de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho la demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deben ser indexados y que debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que el reconocimiento de la prestación solo procede, una vez se efectué el traslado de las sumas ordenadas a PORVENIR S.A., momento a partir del cual COLPENSIONES procederá a determinar los aspectos determinantes de la pensión de vejez a la que tiene derecho el demandante en virtud de la Ley 797 de 2003, tales como el total de semanas cotizadas, tasa de reemplazo, IBL o fecha de disfrute de la pensión.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA GLORIA GOMEZ VANEGAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2019 00782 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0246-2021
Radicado N° 27 2018 00279 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LILIA ESPERANZA LEAL RICO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de

Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 18 de agosto de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 30 de agosto de 1982 y el 30 de junio de 1994, por un total de 617.57 semanas; que el 20 de junio de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que el 13 de marzo de 2002, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN; que el 31 de enero de 2011, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN; y finalmente el 20 de octubre de 2015, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL. Afirma que al momento del traslado no se le brindó información veraz y completa sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de su decisión. Por último, señala que mediante escrito del 30 de noviembre de 2017, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS y aceptar su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad y frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 62 a 78).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la actora y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (fls. 151 a 160).

Mediante auto del 1° de abril de 2019, el juzgado dispuso integrar la Litis con la AFP PROTECCIÓN (fls. 107 y 108).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandada y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría (fls. 174 a 181).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no le constan en su totalidad. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación a PORTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (fls. 204 a 211).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de febrero de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda formulada por la señora LILIA ESPERANZA LEAL RICO y ABSOLVER de las mismas a las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA, PORVENIR y PROTECCIÓN, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por COLPENSIONES, conforme lo expuesto en la*

parte motiva de esta providencia. ***TERCERO: CONDENAR*** *en costas a la demandante en la suma de $500.000 como agencias en derecho a favor de cada una de las demandadas."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto no se aplica de manera automática, pues en el caso particular de la demandante la AFP PROTECCIÓN demostró haberle brindado reasesoría y darle a conocer que no le convenía permanecer en el RAIS, no obstante la actora decidió no efectuar el traslado y por ello concluyó que no se configura la ineficacia solicitada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se declare la ineficacia del traslado de régimen. Para sustentar el recurso aduce que una vez la demandante recibió la reasesoría por parte de PROTECCIÓN, diligenció el formulario correspondiente para efectuar el traslado al RPM, que dicha diligencia no se materializó, pues quien debía realizar la radicación del formulario ante COLPENSIONES era el empleador de la época y éste no radicó en tiempo el documento, por ello considera que no es su responsabilidad el hecho de no haber podido regresar en tiempo a COLPENSIONES y no puede cargársele con las consecuencias del actuar negligente de su empleador.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se confirme la decisión de primera instancia que negó la ineficacia del traslado.

El apoderado de PORVENIR solicitó que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto definió no procedente la ineficacia del traslado solicitada.

El apoderado de OLD MUTUAL solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera en cuanto no es procedente la ineficacia solicitada.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 16 de agosto de 1962 (fl. 161); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 30 de agosto de 1982 y el 30 de junio de 1994, por un total de 617.57 semanas (fl. 161); ***iii)*** que el 20 de junio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP

HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 134) ; ***v)*** que el 13 de marzo de 2002, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN (fl. 221); ***vi)*** que el 31 de enero de 2011, se trasladó a la AFP ING hoy PROTECCIÓN (fl. 222); ***vii)*** que el 20 de octubre de 2015, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL (fl. 79); ***viii)*** que el 5 de noviembre de 2017, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen (fls. 20 a 26).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles parámetros claros y objetivos que les permitiera escoger las mejores opciones del mercado. Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este aspecto, la alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP

conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no está en discusión que la señora LILIA ESPERANZA LEAL RICO se trasladó a AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 20 de junio de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

Sobre la controversia que nos ocupa debe precisar la Sala que la obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través

del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en el RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos de administración y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. efectuada el 20 de junio de 1994 (fl. 134), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación cuyo cumplimiento diligente no puede acreditarse con el solo formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la

H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró el cumplimiento diligente de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no pasa por alto la Sala que PROTECCIÓN S.A. acreditó que con posterioridad al traslado y antes de la restricción de retorno al RPM por edad, informó a la demandante las características y condiciones de ambos regímenes pensionales, al punto que el 24 de junio de 2009 (fls. 223 a 226) le proyectó los eventuales montos de las mesadas en uno y otro y le indicó que era más favorable el RPM, todo ello antes del inicio de la restricción de traslado por edad, circunstancia que en principio permitiría concluir que la demandante sí conoció que el RPM era más beneficioso y pese a ello decidió permanecer en el RAIS.

No obstante lo anterior, no puede desconocer el Tribunal que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia STL527 del 18 de enero de 2021, indicó que la reasesoría no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento del deber de información al momento del traslado, por cuanto en la sentencia SL1688 de 2019 concluyó que la oportunidad de la información se juzga al momento del traslado y no con posterioridad, motivo por el cual en sede de tutela dejó sin valor ni efecto una sentencia proferida el 13 de diciembre de 2019 en la que el suscrito fungía como ponente.

Por lo anterior, y en acogimiento de la postura jurisprudencial adoptada por el Tribunal de Cierre de nuestra especialidad ordinaria laboral, se concluye que en el caso bajo estudio, la AFP demandada no acreditó el cumplimiento diligente de la obligación de información y asesoría al momento del traslado de régimen en el año 1994.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda y en consecuencia se

declarará la ineficacia del traslado de la demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP OLD MUTUAL, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. deben asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser debidamente indexados, y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión.

De otra parte, se declarará que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media efectuado por la señora LILIA ESPERANZA LEAL RICO al RAIS a través de su vinculación con la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y consecuencialmente su vinculación posterior a las AFP PROTECCIÓN y OLD MUTUAL.

TERCERO: CONDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas

deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de dichos fondos, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LILIA ESPERANZA LEAL RICO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2018 00279 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0275-2021
Radicado N° 27 2019 00078 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante el cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LEONOR NIETO DE SERRATO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada al pago del incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 150330 de 2018 le reconoció pensión de vejez a partir del 30 de mayo de 2015, que contrajo matrimonio con LIMBANIC ALIRIO SERRATO VANEGAS el 19 de marzo de 1976, que su cónyuge no tiene pensión y depende económicamente de ella, que el 30 de mayo de 2018 solicitó a la demandada el reconocimiento del incremento pensional, solicitud que fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, frente a los hechos aceptó los relacionados con la condición de pensionada de la actora y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público (fls. 36 a 43).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de abril de 2021, negó las pretensiones de la demanda.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: "***PRIMERO: NEGAR*** *las pretensiones de la demanda incoada*

por la señora LEONOR NIETO DE SERRATO y en consecuencia ABSOLVER de las mismas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS*** *las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de COLPENSIONES, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno y la de no configuración del pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, formuladas por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.* ***TERCERO: CONDENAR*** *a la señora LEONOR NIETO DE SERRATO al pago de las costas del proceso en la suma de $200.000como agencias en derecho.".*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente el reconocimiento del incremento pensional reclamado. Para resolverlo indicó que de acuerdo a lo definido en la sentencia SU 140 de 2019 no es procedente el reconocimiento de los incrementos pensionales reclamados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha definido la procedencia y vigencia del reconocimiento de los incrementos pensionales aquí reclamados y por ello, y en virtud del principio de favorabilidad resulta procedente su reconocimiento.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada

COLPENSIONES solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente el incremento pensional reclamado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a resolver las materias que fueron objeto de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si en el presente asunto, procede la condena al pago del incremento pensional del 14% en favor de la demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que mediante Resolución SUB 150330 del 7 de junio de 2018 COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a la actora en aplicación del régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 30 de mayo de 2015 en cuantía inicial de $1.571.990 (fls. 19 a 22); ***ii)*** que LEONOR NIETO DE SERRATO contrajo matrimonio con LIMBANIC ALIRIO SERRATO VANEGAS el 19 de marzo de 1976 (fl. 17); ***iii)*** que el 30 de mayo de 2018 solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento del incremento pensional del 14% (fls. 23 a 25).

- **Sobre los Incrementos Pensionales**

Para resolver la controversia e independientemente de los argumentos expuestos en el recurso, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *"con*

ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994".

Al efecto conviene precisar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL2061-2021 acogió el criterio definido en la sentencia citada precedentemente, en el sentido de indicar que por la derogatoria orgánica de que fue objeto el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, por la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no es procedente ordenar estos incrementos. Señaló además la Corte que de todas formas el reconocimiento de este derecho resulta incompatible con el contenido del artículo 48 de la Constitución Política luego la reforma que realizó el Acto legislativo 01 de 2005, pues bajo este escenario solo es posible su reconocimiento cuando se trate de un derecho adquirido antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Precisa la Sala sobre el argumento de apelación referido a la aplicación del principio de favorabilidad, que en el caso bajo estudio no se trata de un conflicto de dos normas vigentes que regulen la materia y por el contrario como se anotó en precedencia, la única disposición normativa que regulaba el asunto no se encuentra vigente y por ello no es procedente la aplicación de este principio al caso bajo estudio.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, se

confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados, pues tampoco se acreditó que el derecho pensional de la demandante se hubiera causada antes del 1° de abril de 1994.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0256-2021

Radicado N° 28 2020 00075 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CECILIA GIRON RINCON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 15 de febrero de 1963; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 27 de abril de 1987 y el 30 de junio de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 374.57 semanas; que el 15 de junio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca se le realizó una proyección de su mesada pensional ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM; que el 15 de enero de 2020, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM, y dicha entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la petición presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de hecho de la víctima, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y buena fe (Cd. 2).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con el traslado de Régimen de la demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como

excepciones propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación (Cd. 3).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora CECILIA GIRON RINCON al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 15 de junio de 1994, por intermedio de la entonces SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora CECILIA GIRON RINCON identificada con CC. 38.261.955 a COLPENSIONES. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **QUINTO: COSTAS** de esta instancia a cargo de las demandadas fijando como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante. **SEXTO:** En caso de no ser apelada la*

presente decisión, Consúltese con el superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES".

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional del demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley y debe tenerse en cuenta como prueba del cumplimiento de los deberes legales por parte de la AFP. Frente a la devolución de los gastos de administración manifestó que éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado al demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación pertinente y su devolución implicaría la afectar derechos de terceros de buena fe.

El apoderado de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que la

demandante nunca manifestó inconformidad alguna o la voluntad de regresar al RPM y por ello no es procedente la ineficacia declarada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó haber dado cumplimiento al deber legal de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 15 de febrero de 1963 (fl. 40); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 27 de abril de 1987 y el 30 de junio de 1994, por un total de 374.57 semanas (fl); ***iii)*** que el 15 de junio de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 43); ***iv)*** que el 15 de enero de 2020, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 55).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271 señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema

de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

Sobre este mismo tópico, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

	derechos laborales y autonomía personal	
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el presente caso, no es tema de controversia que la señora CECILIA GIRON RINCON se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 15 de junio de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4 min. 17:55), pues al efecto manifestó que para la época del traslado trabajaba en GRANAHORRAR, que a su puesto de trabajo acudieron asesores de HORIZONTE quienes les entregaron un formulario y les dijeron que debían suscribirlo en cuanto el ISS se iba acabar y la única opción pensional que les quedaba eran los fondos privados, que dichos asesores no les dieron información alguna y tampoco le prestó mayor atención al tema porque estaba desarrollando sus labores.

Tampoco se deduce nada al efecto de lo manifestado por el representante legal de PORVENIR en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 4 min. 9:46), pues solo dijo que para la época del traslado los asesores debían informar las características de los regímenes pensionales, que no estuvo presente en la afiliación de la demandante y dentro del expediente que reposa en la entidad solo se encuentra sobre ese momento el formulario de afiliación.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como

lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y

dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de vots.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CECILIA GIRON RINCON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 028 2020 00075 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0272-2021
Radicado N° 30 2018 00240 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCION y PORVENIR y el grado jurisdiccional de consulta concedido a COLPENSIONES la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA CASTILLO RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de marzo de 1963; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 26 de agosto de 1987 y el 30 de noviembre de 1997, y cotizó a dicha entidad un total de 465.86 semanas; que el 11 de julio de 1997 se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 30 de octubre de 1998, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que ninguna de las AFP en las cuales ha estado afiliada, le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni de la oportunidad que tenía para regresar al RPM. Por último señala que mediante escrito del 22 de marzo de 2018, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y esta petición fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia del derecho por falta de casusa y título para pedir (fls. 71 a 74).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las

pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación de la actora a dicho fondo y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación (fls. 92 a 102)

Mediante auto del 9 de agosto de 2019 el Juez dispuso integrar la Litis con la AFP PORVENIR (fl. 176).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación (fls. 203 a 227).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de marzo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARESE** nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora MARTHA CASTILLO RODRIGUEZ, identificada con cédula de ciudadanía N°51.699.048, del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy en cabeza de COLPENSIONES a la ADMINISTRDORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizado mediante la suscripción de formulario de traslado de régimen, con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1997, conforme lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARESE** válidamente vinculada a la demandante señora MARTHA CASTILLO RODRIGUEZ al régimen de prima media con*

prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSONES, conforme a lo expuesto. ***TERCERO: CONDENESE*** *a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho fondo, a partir de la fecha de efectividad, 1° de septiembre de 1997 hasta el 21 de diciembre de 1998, los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora, debidamente indexados, conforme a la motiva.* ***CUARTO: CONDENESE*** *a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo la demandante, es decir desde el 22 de diciembre de 1998 hasta que se haga efectivo su traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con sus recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto.* ***QUINTO: ORDENSESE*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora MARTHA CASTILLO RODRIGUEZ, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida.* ***SEXTO: DECLARENSE*** *no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.* ***SEPTIMO: CONDENESE*** *en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de $1.000.000.* ***OCTAVO: CONDENESE*** *de esta primera instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de $3.488.740.* ***NOVENO:*** *Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.*

DECIMO: CONEDASE *el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación frente a la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores.

El apoderado de **PROTECCIÓN** solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el acto del traslado de la demandante es válido en cuanto éste obedeció a una decisión libre y voluntaria, que se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Agregó que para el momento del traslado no era obligación de las AFP documentar el tipo de información que brindaban a sus afiliados y por ello no es procedente realizar dicha exigencia en este momento. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la demandante realizó un traslado horizontal de AFP, lo que ratifica su intención de permanencia en el RAIS. Sobre los gastos de

administración, estima que no es procedente ordenar la devolución en cuanto los descuentos realizados por este concepto se encuentran debidamente autorizados por la ley y corresponden a la labor de administración que realizó la entidad sobre la cuenta de ahorro individual de la demandante.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la ineficacia del traslado solicitada.

La apoderada de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la AFP PROTECCIÓN solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 3 de enero de 1963 (fl. 27); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 26 de agosto de 1987 y el 30 de noviembre de 1997, por un total de 465.86 semanas (fls. 27 y 28); ***iii)*** que el 11 de julio de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (fl. 5); ***iv)*** que el 30 de octubre de 1998, se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 7); ***vi)*** que el 23 de marzo de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 33 y 34).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271,

señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada*

a los parámetros de libertad informada" y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARTHA CASTILLO RODRIGUEZ se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 11 de julio de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 1 min. 22:38), pues al efecto solo manifestó que para el momento del traslado laboraba en Aviatur, que diariamente iban asesores de varios fondos privados y realizaban reuniones generales donde les decían que el ISS se iba acabar y que los fondos les ofrecían rentabilidad y varios beneficios pensionales, que ante esa oferta decidió trasladarse a PORVENIR. Precisó que no le dieron información particular relevante sobre la decisión que estaba tomando.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como

lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala declarará la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante, precisando que en este puntual aspecto, se modificará el numeral primero de la sentencia apelada para dar claridad a decisión, en cuanto resolvió declarar nulo e ineficaz el traslado referido. Esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCION, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos

privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema

de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media, efectuado por la señora MARTHA CASTILLO RODRIGUEZ, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y consecuentemente el realizado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA CASTILLO RODRIGUEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2018 00240 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0269-2021
Radicado N° 30 2019 00023 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NILMA AGUILAR VIVAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que

se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 5 de marzo de 1967; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de enero de 1998, y cotizó a dicha entidad un total de 21.43 semanas; que el 10 de octubre de 2002 se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR; que la AFP demandada no le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni de la oportunidad que tenía para regresar al RPM. Por último, señala que mediante escrito del 17 de octubre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y esta petición fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 57 a 65).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación de la demandante a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de

obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación (fls. 89 a 96)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 10 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARESE** nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora NILMA AGUILAR VIVAS, identificada con cédula de ciudadanía N° 34.512.774, del Régimen de Prima Media con prestación definida administrado por el extinto ISS hoy en cabeza de COLPENSIONES a HORIZONTE D.A. hoy fusionado con la ADMINISTRDORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 11 de octubre de 2002, conforme lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARESE** válidamente vinculada a la demandante señora NILMA AGUILAR VIVAS al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSONES, conforme a lo expuesto. **TERCERO: CONDENESE** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho régimen la demandante, es decir desde el 11 de octubre de 2002 hasta que se haga efectivo su traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con sus recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme a lo expuesto. **CUARTO: ORDENSESE** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora NILMA AGUILAR VIVAS, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las*

normas que regulan el régimen de prima media con prestación definida. ***QUINTO: DECLARENSE*** *no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.* ***SEXTO: CONDENESE*** *en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de $3.488.740.* ***SEPTIMO:*** *Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.* ***OCTAVO: CONCEDASE*** *el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley y debe tenerse en cuenta como prueba del cumplimiento de los deberes legales por parte de la AFP. Sobre la devolución de los gastos de administración, aduce que este descuento se encuentra debidamente

autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Señaló, que la demandante tampoco demostró haber sido diligente investigando o buscando la asesoría que aquí reclama, ni tampoco manifestó su voluntad de regresar al RPM cuando podía hacerlo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 5 de marzo de 1967 (Cd. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 1° de enero de 1996 y el 31 de enero de 1998, por un total de 21.43 semanas (Cd. 1); ***iii)*** que el 10 de octubre de 2002, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 10); ***iv)*** que el 17 de octubre de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fl. 14).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de

diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora NILMA AGUILAR VIVAS se trasladó al RAIS administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 10 de octubre de 2002, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 2 min. 15:36), pues al efecto solo manifestó que para el momento del traslado ingresó a laborar a un laboratorio clínico donde les entregaron el formulario de afiliación a HORIZONTE y les dijeron que debían afiliarse a dicha entidad porque el ISS se iba acabar. Señaló que no estuvo presente asesor alguno, ni les dieron ningún tipo de información sobre el acto del traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva,

suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y

debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A. trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NILMA AGUILAR VIVAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2019 00023 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0257-2021
Radicado N° 30 2019 00091 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 27 de mayo de 2021, por el Juzgado Segundo (2°) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS FERNANDO RINCON ROJAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 1° de mayo de 1960, que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 8 de julio de 1986 y el 30 de septiembre de 1988, y cotizó a dicha entidad un total de 67.43 semanas; que el 15 de diciembre de 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP SANTANDER hoy PROTECCION; que el 25 de febrero de 2003, se trasladó a la AFP PORVENIR; que ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni de la oportunidad que tenía para regresar al RPM. Por último, señala que mediante escrito del 26 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 67 a 75).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la afiliación del actor a dicha entidad, frente a los demás manifestó

que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 103 a 109).

Mediante auto del 15 de septiembre de 2020 el juzgado dispuso integrar la Litis con la AFP PROTECCIÓN S.A. (Pdf. 147).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP e inexistencia de obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 152 a 160).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de mayo de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO. DECLARAR** la ineficacia del acto del traslado del señor CARLOS FERNANDO RINCON ROJAS, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con*

solidaridad, realizado a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN, el día 15 de diciembre de 2000, con fecha de efectividad el 1° de febrero del mismo año y, consecuentemente, las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los aspectos jurídicos y económicos que comporten. ***SEGUNDO. CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores del señor CARLOS FERNANDO RINCON ROJAS, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a estos fondos en los periodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima.* ***TERCERO. ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por CARLOS FERNANDO RINCON ROJAS, y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiese producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa.* ***CUARTO. ORDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de CARLOS FERNANDO RINCON ROJAS, al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas cotizadas acreditadas desde la fecha de la afiliación inicial.* ***QUINTO. ABSUELVE*** *de lo demás.* ***SEXTO. DECLARAR*** *no probadas las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa.* ***SÉPTIMO. CONCEDER*** *el grado jurisdiccional de*

consulta en favor de COLPENSIONES. ***OCTAVO:*** *Costas como se dijo en la parte considerativa".*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es requisito fundamental de validez del acto de traslado de régimen que las AFP demuestren el cumplimiento del deber de información, el cual define la Corte como la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del traslado. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación y como no la cumplieron resulta procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el acto del traslado del demandante es válido en cuanto éste obedeció a una decisión libre y voluntaria respecto de la cual nunca manifestó oposición o inconformidad. Dice además que debe tenerse en cuenta que para el momento del traslado no era obligación de las AFP documentar el tipo de información que se brindaba a los afiliados y por ello no es posible exigir el cumplimiento de obligaciones inexistentes para la época.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que la devolución de estos valores genera un grave perjuicio a la AFP, pues éstos corresponden a un descuento debidamente autorizado en la ley para ambos regímenes y no forman

parte de los valores que financian las prestaciones del sistema. Señala además que en caso de confirmarse la decisión en este aspecto debe también condenarse a PROTECCIÓN en este sentido por el tiempo que el demandante estuvo en dicho fondo.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado de régimen.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 1° de mayo de 1960 (fl. 3); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 8 de julio de 1986 y el 30 de septiembre de 1988, por un total de 67.43 semanas (fl. 14); ***iii)*** que el 13 de diciembre de 2000, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 161); ***iv)*** que el 25 de febrero de 2003, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 110); ***vi)*** que el 26 de noviembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fl. 4).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades

financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de*

	Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	*transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS FERNANDO RINCON ROJAS se trasladó al RAIS administrado por la AFP SANTANDER hoy PROTECCION el 15 de diciembre de 2000, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (Cd. 1 min. 19:02), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado laboraba en la ESPA y allí acudían constantemente asesores de fondos privados, que en una oportunidad dialogó con uno de ellos y le dijo que el ISS se iba acabar, que las opciones de pensión en esta entidad era reducidas por su difícil situación financiera y que los fondos eran una opción más estable y rentable, que le dijo básicamente que era la púnica buena opción para efectos pensionales que quedaba y por ello accedió a suscribir el formulario que no contenía información alguna sobre el acto que estaba suscribiendo.

Tampoco se deduce nada relevante de lo dicho por los testigos SANTIAGO LOPEZ BENAVIDES (Cd. 1 min. 35:18) y CELSO LIBARDO MATEUS (Cd. 1 min. 48:37), pues solo manifestaron haber sido compañeros de trabajo del demandante en la ESAP, dijeron que para esa época acudían asesores de fondos y les decían en reuniones generales que el ISS se iba acabar y que en los fondos privados tendrían mayores beneficios, señalaron igualmente no haber estado presentes en el momento que el actor suscribió el formulario.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con

ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que

deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS FERNANDO RINCON ROJAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 030 2019 00091 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0247-2021
Radicado N° 32 2019 00617 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR y PORTECCION y el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandada COLPENSIONES sobre la sentencia proferida el 6 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS SAMUEL NOREÑA NOREÑA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM. Solicita además que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez bajo los lineamientos que define la Ley 797 de 2003.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 2 de febrero de 1957; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 28 de junio de 1985 y el 31 der marzo de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 589.29 semanas; que el 1° de febrero de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCION; que el 31 de mayo de 2000, se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR); que el 1° de octubre de 2001, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN; y finalmente el 17 de julio de 2002, se trasladó a la AFP PORVENIR; que ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni le informó que podía regresar al RPM antes de que le faltaran 10 años para cumplir la edad de pensión. Por último, señala que mediante escrito del 9 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES la anulación de su traslado al RAIS y esta entidad resolvió su solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud

presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 160 a 209, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del demandante, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 (fls. 268 a 288, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del demandante y el traslado a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones e inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 332 a 353, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia

del 6 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO. DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante **CARLOS SAMUEL NOREÑA NOREÑA** a través de **PROTECCIÓN S.A.**, de fecha 28 de diciembre de 1998, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. **TERCERO.** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa administradora. **CUARTO. CONDENAR** a la demandada **PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. **QUINTO. ORDENAR** a la demandada **COLPENSIONES** a recibir al demandante **CARLOS SAMUEL NOREÑA NOREÑA** como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. **SEXTO. ABSOLVER** a la demandada **COLPENSIONES** de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SÉPTIMO. CONDENAR** en costas a la demandada **PROTECCIÓN S.A.** y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) SMLMV. Sin costas respecto de **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A. OCTAVO.** En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada **COLPENSIONES** remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es requisito fundamental de validez del acto de traslado de régimen que las AFP demuestren el cumplimiento del deber de información, el cual define la Corte como la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del traslado. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación y como no la cumplieron resulta procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante.

Sobre el reconocimiento del derecho pensional que reclama el demandante refirió que en este momento no es procedente establecer la existencia del derecho y las condiciones en que este debería reconocerse, pues ello solo puede definirse una vez COLPENSIONES reciba de manera efectiva las sumas que tiene el demandante en su cuenta de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el demandante efectuó su traslado de régimen a través de la AFP PROTECCIÓN y que para dicho momento el único requisito se circunscribía al diligenciamiento y firma del formulario, que no se existía obligación de documentar o dejar constancia del tipo de información que se entregaba al afiliado en su momento, por lo que no es procedente exigir el cumplimiento de una obligación que no existía. Sobre la devolución de los gastos de administración señaló que éstos corresponden a un descuento debidamente autorizado en la ley y que ya no se encuentran en poder de la entidad en cuanto dichos dineros están destinados a financiar

las contingencias de invalidez y muerte, que ordenar la devolución de estos rubros sería entender que el actor no estuvo asegurado para estas contingencias y se generaría un detrimento para la entidad en favor del demandante.

La apoderada de **PROTECCIÓN** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este es un descuento debidamente autorizado por la ley y que corresponde a la gestión de administración que realizó la entidad durante el tiempo en que el actor estuvo afiliado en dicho fondo. Señala que estos valores no están destinados a financiar las prestaciones del sistema y su devolución generaría un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, quien recibiría estos valores y los rendimientos de la cuenta del actor que son el fruto de la gestión de administración. Finalmente refiere que estos valores están afectados por el fenómeno de la prescripción en cuanto no son constitutivos del capital que financia el derecho pensional.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen del demandante.

La apoderada de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de la AFP PROTECCION solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita en el recurso que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los presupuestos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 2 de febrero de 1957 (fl. 38, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 28 de junio de 1985 y el 31 de marzo de 1999, por un total de 589.29 semanas (fl. 39, Pdf. 1); ***iii)*** que el 1° de febrero de 1999, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con

solidaridad a través de la AFP PROTECCIÓN (fl. 50, Pdf. 1); ***iv)*** que el 31 de mayo de 2000, se trasladó a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR (fl. 51, Pdf. 1); ***vi)*** que el 11 de octubre de 2001, se trasladó a la AFP PROTECCION (fl. 52, Pdf. 1); ***vii)*** que el 17 de julio de 2002, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 53, Pdf. 1); ***viii)*** que el 9 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 70 y 73, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación,

estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor CARLOS SAMUEL NOREÑA NOREÑA se trasladó al RAIS administrado por la AFP PROTECCIÓN el 1° de febrero de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 20:47, expediente digital), pues al efecto solo manifestó que para el momento del traslado era gerente técnico en una empresa y hasta allá llegaron asesores de una AFP y les indicaron que se habían creado unos fondos de pensiones que ofrecían mayores garantías al momento de pensionarse, que no le dieron información alguna sobre bonos pensionales, ni las condiciones generales, que era una reunión grupal y como no sabían del tema ni siquiera sabían que preguntar.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues

nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que las AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CARLOS SAMUEL NOREÑA NOREÑA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2019 00617 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0248-2021
Radicado N° 32 2020 00255 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JOSE JAVIER CHIVATA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de julio de 1962; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 27 de febrero de 1984 y el 31 de mayo de 1999, y cotizó a dicha entidad un total de 207.43 semanas; que el 2 de junio de 1999, suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que el 1° de diciembre de 2003, se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR); que ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni de la oportunidad que tenía para regresar al RPM. Por último, señala que mediante escrito del 19 de febrero de 2020, solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM y esta petición fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con la edad del demandante y el traslado de régimen efectuado a través de esa entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, compensación y pago (fls. 4 a 9, Pdf. 4).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del actor, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud

presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de hecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado y prescripción (fls. 2 a 23, Pdf. 5).

Mediante auto del 10 de diciembre de 2020 el juzgado dio por no contestada la demandada a la AFP PORVENIR (Pdf. 7).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 21 de enero de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO. DECLARAR** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante **JOSÉ JAVIER CHIVATA** a través de **COLFONDOS S.A.**, de fecha 2 de junio de 1999, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. **TERCERO.** Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada **COLFONDOS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES** las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliado a esa*

administradora. ***CUARTO. CONDENAR*** *a la demandada* ***PORVENIR S.A.*** *a trasladar con destino a* ***COLPENSIONES*** *la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales.* ***QUINTO. ORDENAR*** *a la demandada* ***COLPENSIONES*** *a recibir al demandante* ***JOSÉ JAVIER CHIVATA*** *como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.* ***SEXTO. CONDENAR*** *en costas a la demandada* ***COLFONDOS S.A.*** *y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (2) SMLMV. Sin costas respecto de* ***COLPENSIONES*** *y* ***PORVENIR S.A. SÉPTIMO.*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada* ***COLPENSIONES*** *remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es requisito fundamental de validez del acto de traslado de régimen que las AFP demuestren el cumplimiento del deber de información, el cual define la Corte como la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del traslado. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación y como no la cumplieron resulta procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la demandante.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que el demandante se encuentra

inmerso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM, que no es procedente declarar la ineficacia del traslado únicamente porque el actor encontró que su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, pues de este solo hecho no se puede concluir en la falta de información al momento del traslado. Señala que la devolución de los gastos de administración genera un grave perjuicio a la AFP, que éstos corresponden a un descuento debidamente autorizado en la ley para ambos regímenes y no forman parte de los valores que financian las prestaciones del sistema y por ello se les debe aplicar el término de prescripción trienal, dice además que la devolución de estos valores genera un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante, quien se benefició de la gestión de administración de la entidad.

El apoderado de **COLFONDOS** solicita en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto ordena la devolución de gastos de administración y seguros previsionales. Para sustentarlo aduce que no es procedente la devolución de estos valores en cuanto se encuentran debidamente autorizados por la ley y tienen una destinación específica.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el acto del traslado del demandante es válido en cuanto éste obedeció a una decisión libre y voluntaria respecto de la cual nunca manifestó oposición o inconformidad. Dice que debe tenerse en cuenta que la entidad que tendrá que asumir las consecuencias o cargas del traslado ordenado es su representada, y que esta decisión atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema por la asunción de prestaciones respecto de las cuales no se realizó provisión alguna.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 22 de julio de 1962 (fl. 96, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 27 de febrero de 1984 y el 31 de mayo de 1999, por un total de 207.43 semanas (fls. 98 y 99, Pdf. 1); ***iii)*** que el 2 de junio de 1999, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS (fl. 116, Pdf. 1); ***iv)*** que

el 1° de diciembre de 2003, se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) (fl. 123, Pdf. 1); ***vi)*** que el 19 de febrero de 2020, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y esta entidad resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 104 y 106, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En la misma orientación, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor JOSE JAVIER CHIVATA se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS el 2 de junio de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y

suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1, min. 15:57, expediente digital), pues al efecto solo manifestó que laboraba en una empresa de Hidrocarburos para el momento del traslado, que tuvo que viajar a Bogotá para realizar la afiliación y que solo diligenció y firmó el formulario pero no estuvo presente ningún asesor que le diera información. Señaló que cuando se trasladó a PORVENIR los asesores de dicha entidad fueron al pozo petrolero donde trabajaba y les dijeron que el ISS se iba acabar y que en dicho fondo tendrían unas mejores condiciones y por ello accedió a suscribir el formulario, en medio del afán por regresar a sus labores.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL 4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral cuarto de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser

debidamente indexados. En este sentido se adicionará el numeral tercero de la sentencia de primera instancia.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser

indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia apelada para disponer que la AFP COLFONDOS S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: JOSE JAVIER CHIVATA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2020 00255 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0268-2021

Radicado N° 33 2016 00377 02

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PROTECCIÓN, PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, se ordenó a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor y a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

VICENTE LANDINEZ LARA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA

DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados, se disponga su afiliación al RPM, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 11 de julio de 1950; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 13 de agosto de 1990 y el 1° de mayo de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 194 semanas; que es beneficiario del régimen de transición porque a 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad; que el 12 de junio de 1996, se trasladó al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones ING hoy PROTECCION; que en marzo de 2003, se trasladó a la AFP PORVENIR; que al momento del traslado ninguna de las AFP le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias jurídicas, pérdida del régimen de transición, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; además de no informarle la posibilidad de devolverse al RPM, en qué consistía una cuenta de ahorro individual, ni que su mesada pensional podría verse afectada con su permanencia en el RAIS. Aduce además que el 4 de noviembre de 2015, presentó derecho de petición ante la AFP PORVENIR donde manifiesta que se retracta y desiste de la solicitud de reconocimiento de pensión; que a la fecha dicha entidad no se ha manifestado sobre su petición, que el 28 de abril de 2016 solicitó a COLPENSIONES invalidar su traslado al RAIS y dicha entidad resolvió su solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, con su afiliación inicial al ISS y las solicitudes

presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 72 a 81).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de Protección y prescripción (fls. 108 a 120).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación a dicha entidad en su condición de pensionado, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción para demandar, inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad atribuible a esta entidad, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación a cargo de Porvenir, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, prescripción de la acción adjetiva para atacar la validez de la afiliación al RAIS, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y compensación (fls. 131 a 157).

Esta administradora presentó demanda de reconvención para solicitar que se ordene al actor la devolución de los valores recibidos por concepto de mesada pensional (fls. 212 a 214).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 4 de diciembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS, ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor y a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez al actor.

La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de VICENTE LANDINEZ LARA identificado con la cédula de ciudadanía N° 19.127.124 al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, administrado por la AFPO ING hoy PROTECCIÓN S.A. y con esto a la afiliación realizada el 12 de junio de 2016. **SEGUNDO: DECLARAR** que el señor VICENTE LANDINEZ LARA actualmente se encuentra afiliado en forma efectiva a la administradora del régimen de prima media con prestación definida ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del señor VICENTE LANDINEZ LARA a COLPENSIONES, tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses y rendimientos, comisiones y cuotas de administración generados durante el periodo de afiliación a su cargo. **CUARTO: ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalente en el RPM, las cuales serán asumidas con cargo a su propio patrimonio, incluyendo los gastos o cuotas de administración, y comisiones generadas durante el periodo en que el accionante estuvo afiliado a cada una de ellas. Para tales efectos, se conmina a COLPENSIONES realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiere lugar, lo cual incluye los gastos de administración, y comisiones previamente referidos. **QUINTO: CONDENAR** a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas de*

anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación del señor VICENTE LANDINEZ LARA y para tal efecto se le conmina para que efectúe los trámites administrativos de manera coordinada con PORVENIR, cobre los dineros derivados de bonos pensionales a que haya lugar frente a los empleadores del demandante para que hagan parte del régimen de prima media. ***SEXTO: DECLARAR*** *que el señor VICENTE LANDINES LARA, es beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.* ***SEPTIMO: CONDENAR*** *a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, a favor del señor VICENTE LANDINEZ LARA identificado con CC. 19.127.124 a partir del 1° de febrero de 2016, por 13 mesadas al año, teniendo como primera mesada pensional para el año 2016 la suma de $6.493.489 y para el año 2020 $7.656.003.* ***OCTAVO: DETERMINAR*** *como retroactivo pensional cuantificado desde el 1° de febrero de 2016 a diciembre de 2020, la suma de $455.432.855.* ***NOVENO: DECLARAR*** *probada la excepción de compensación propuesta por la AFP PORVENIR y en consecuencia se ordena que del retroactivo pensional se descuenten los valores reconocidos y pagados al señor VICENTE LANDINEZ por parte de PORVENIR S.A. en calidad de mesada pensional, sin que se autorice a las Administradoras de Fondos Pensionales reclamar al demandante la indexación de dichos valores, conforme las razones expuestas en la parte motiva de la presente sentencia.* ***DECIMO: CONDENAR*** *a COLPENSIONES a indexar las sumas objeto de condena en favor del demandante, desde el momento de su causación y hasta que se haga efectivo su pago.* ***DECIMO PRIMERO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción respecto de la pretensión de ineficacia de traslado y de reconocimiento pensional, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.* ***DECIMO SEGUNDO: ABSOLVER*** *al demandante de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de PORVENIR S.A. en la demanda de reconvención, en tanto prosperó la excepción de compensación propuesta.* ***DECIMO TERCERO: CONMINAR*** *a COLPENSIONES y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que*

surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado del RPM al RAIS. ***DECIMO CUARTO: COSTAS*** *de esta instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Se fijan como agencias en derecho la cantidad de 6 SMLMV en proporción del 50% a cada una.* ***DECIMO QUINTO:*** *Si esta providencia no es apelada por parte de COLPENSIONES, envíese en el grado jurisdiccional de consulta con el superior".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, a las AFP les asiste el deber de proporcionar información concreta sobre las implicaciones del traslado, señaló que este deber no se encuentra limitado a una simple manifestación genérica del derecho a la libre escogencia del régimen pensional con la suscripción de un formulario, sino que debe demostrarse, más aun en la situación particular del demandante que tiene la condición de beneficiario del régimen de transición y el traslado terminaría ocasionándole un perjuicio. Concluyó que de las pruebas aportadas al expediente no se advierte que las AFP hubieran acreditado el cumplimiento de la obligación referida y por ello el acto del traslado del demandante es ineficaz.

Sobre el derecho pensional refirió que el actor es beneficiario del régimen de transición y conservó dicho beneficio con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 en cuanto contaba con más de 900 semanas de cotización para julio de 2005, refirió que causó la pensión bajo los lineamientos que define la Ley 71 de 1988 y ordenó a COLPENSIONES reconocer dicha prestación. Sobre los dineros que viene pagando la AFP por concepto de mesada pensional dijo que éstos deben ser descontados del valor del retroactivo pensional que le corresponde, el cual tasó en la suma de $455.432.855, por el tiempo transcurrido entre el 1° de febrero de 2016 y diciembre de 2020.

Sobre la demanda de reconvención que presentó PORVENIR refirió que como se ordenó la compensación de los valores recibidos por el actor no hay lugar a ordenar la devolución de los valores recibidos por concepto de mesada pensional.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación parcial. Para sustentar el recurso aduce que el reconocimiento de la pensión debe darse bajo los lineamientos que define el Acuerdo 049 de 1990 en cuanto el actor es beneficiario del régimen de transición y de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional es procedente computar tiempos públicos y privados para el reconocimiento de esta prestación, señala además que este criterio fue acogido recientemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y por ello es procedente el reconocimiento de la prestación bajo la aplicación de esta norma.

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación. Solicita que se revoque el numeral cuarto de la parte resolutiva en cuanto se condena al pago de las diferencias que se generen entre la mesada pensional del RAIS y la del RPM, y se condena a la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que la vinculación del actor al RAIS fue libre y voluntaria y aceptó las condiciones de este régimen, por ello no es procedente reconocer diferencia alguna sobre un acto previamente suscrito y aceptado por el actor. Sobre los gastos de administración y cuotas de seguros previsionales dijo que tampoco procede su devolución en cuanto estos descuentos se encuentran debidamente autorizados por la ley y la devolución de los mismos generaría un enriquecimiento sin causa a favor del actor quien se benefició de la administración y rendimientos generados durante el tiempo que estuvo afiliado en este fondo.

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones. Para resolverlo indicó que el traslado de régimen del actor se materializó con su afiliación a la AFP ING hoy PROTECCION, que ésta obedeció a una decisión libre y voluntaria del actor, y para ello debe tenerse en cuenta lo que éste manifestó en diligencia de interrogatorio de parte donde aceptó conocer las características del RAIS y que podía realizar aportes voluntarios para mejorar el valor de su mesada pensional. Dice que el demandante además es de profesión abogado y debe dársele valor probatorio al formulario que suscribió, el cual acredita el consentimiento que prestó para tomar la decisión de trasladarse de régimen, que este documento también acredita la información que recibió y que tiene plena validez probatoria. Frente a los gastos de administración, refirió que no es procedente su devolución, pues estos valores no están destinados a financiar la prestación del demandante y una condena en este sentido constituiría un enriquecimiento sin causa a favor del actor. Señala que coadyuva los argumentos expuestos por PROTECCIÓN. Sobre el reconocimiento de la prestación manifestó que ya se consolidaron actos como la negociación y redención del bono pensional que generarían un detrimento patrimonial del Estado que es quien financió y pagó el valor de dicho bono.

La apoderada de **COLPENSIONES** pide en el recurso que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente el traslado ordenado en cuanto el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición señalada en la ley para regresar al RPM. Dice además, que la condición de pensionado del actor consolida una situación jurídica que impide retrotraer las cosas a su estado anterior, que el actor solo manifestó su intención de regresar al RAIS cuando ya tenía la condición de pensionado y recibía la mesada pensional que se le reconoció previamente. Señala que la decisión emitida atenta contra la sostenibilidad financiera del sistema en cuento orden el pago de una

prestación en montos no previstos dentro del fondo común que administra COLPENSIONES.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

La apoderada de COLPENSIONES solicita igualmente que se revoque la sentencia de primera instancia y reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto las AFP demandadas no acreditaron haber dado cumplimiento al deber de información en el momento del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí es procedente estudiar la eventual ineficacia de traslado de régimen, respecto de una persona que tiene la condición de pensionado.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 11 de julio de 1950 (fl. 21); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 13 de agosto de 1990 y el 1° de mayo de 1994 por un total de 194 semanas (fls. 40); ***iii)*** que el actor prestó servicios a la Rama Judicial entre el 16 de febrero de 1973 y el 15 de abril de 1975 (fl. 192); ***iv)*** que el actor prestó servicios a ¿l Departamento de Boyacá entre el 1° de febrero de 1976 y el 1° de mayo de 1977 (fl. 192); ***v)*** que el actor prestó servicios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público entre el 8 de julio de 1977 y el 5 de marzo de 1980 (fl. 192); ***vi)*** que el 12 de junio de 1996 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por la AFP ING hoy PROTECCION (fl. 123); ***vii)*** que el 25 de febrero de 2003 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 158); ***viii)*** que el 26 de junio de 2015 solicitó a la AFP PORVENIR el reconocimiento de la pensión de vejez (fl. 205); ***ix)*** que PORVENIR mediante comunicación del 11 de agosto de 2015 comunicó al actor el reconocimiento de la pensión de vejez en cuantía inicial de $1.490.656 (fl. 207); ***x)*** que el 4 de noviembre de 2015 el demandante solicitó a PORVENIR suspender el pago de su mesada pensional y le informó que desiste de la solicitud de reconocimiento de pensión (fl. 218); ***xi)*** que el 28 de abril de 2016 solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y anulación de afiliación al RAIS y esta entidad resolvió de manera desfavorable tal solicitud (fls. 41 a 49).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

Además de lo anterior, la Sala considera pertinente señalar que en los procesos donde se debate la ineficacia del traslado de régimen, resulta trascendental determinar la calidad del demandante, por cuanto su situación jurídica varía dependiendo de si se trata de un afiliado o un pensionado.

En la Sentencia SL-17595 de 2015, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó de forma expresa que el deber de información comprende todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta *la determinación de las condiciones del disfrute pensional*, extremo límite que a juicio de esta Corporación permite inferir de forma razonable que una vez consolidado el estado pensional, cesa la posibilidad para alegar la falta de información, por cuanto la decisión de solicitar el disfrute de la prestación económica y su posterior reconocimiento constituyen un acto de ratificación de la voluntad de configurar el derecho pensional conforme las características del RAIS.

Esa misma Corporación, en sentencias SL373-2021, SL3707-2021 y SL3611-2021, ratificó la posición anterior y agregó que en estos casos no se trata solamente de reversar el acto del traslado y el reconocimiento de la pensión sino todas las operaciones, actos, contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad de pensión elegida, que además de ello el capital desfinanciado generaría un déficit en el RPM que iría en detrimento del interés general de los ciudadanos. Concluye la Corte diciendo que la calidad de pensionado representa una situación jurídica consolidada y un hecho consumado, y que intentar revertir tal condición implicaría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, podría tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor VICENTE LANDINEZ LARA se trasladó a AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 12 de junio de 1996, que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES y que la AFP PORVENIR le reconoció una pensión de vejez desde el 1° de agosto de 2015 (fl. 207).

Sea lo primero indicar que esta Sala comparte los fundamentos del Juez de primera instancia, en cuanto señaló que las AFP, como entidades financieras, desde el mismo instante de su creación fueron responsables de brindar la información completa y compresible sobre las características positivas y negativas de cada régimen pensional, para que los afiliados comprendieran los alcances de la decisión de traslado pensional.

Así las cosas, correspondía a ING hoy PROTECCIÓN S.A. acreditar que al momento de la afiliación y durante la relación con

el actor, cumplió de forma oportuna dicha obligación de información, siendo a su cargo la carga de la prueba de dicho hecho, por cuanto la posición jurisprudencial de la H. CSJ ha establecido que corresponde a la AFP acreditar su diligencia del deber de información y asesoría al afiliado, demostrando que le indicó las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho y que el mismo podría no solo aumentar sino también disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad relativa a la redención del bono pensional y la edad necesaria para su redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional en RAIS por la edad de los posibles beneficiarios, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP por cuanto un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos.

En el presente asunto, la demandada ING hoy PROTECCIÓN S.A. ni siquiera allegó copia del formulario de afiliación que suscribió el actor en el año 1996, por lo que la Sala no advierte prueba alguna que demuestre de manera contundente de que se le brindaron los suficientes elementos de juicio al demandante para que emitiera una decisión consciente y debidamente informada sobre el particular. Lo mismo ocurre respecto de la AFP PORVENIR, entidad a la cual el actor se trasladó con posterioridad (fl. 158), pues si bien ésta aportó copia del formulario suscrito por el actor en su momento, dicho documento solo contiene una manifestación genérica de aceptación que nada refiere sobre la información realmente recibida.

No obstante lo anterior, a diferencia de lo definido por el Juez de primera instancia, no puede el Tribunal pasar por alto que la solicitud y reconocimiento de la pensión de vejez se trata de un nuevo acto jurídico, adelantado entre el actor y la AFP, en el cual se

realizó una reasesoría al demandante sobre las características del RAIS, sus ventajeas, desventajas y diferentes modalidades de pensión, luego de lo cual el demandante manifestó su consentimiento expreso para la negociación de su bono pensional y facilitó toda la documental necesaria para consolidar su estatus de pensionado. Dichas circunstancias permiten inferir de forma razonable que el actor ratificó su voluntad de permanecer y pensionarse en el RAIS, sin que manifestara oposición alguna o deseo de retornar al RPM, lo cual desembocó en que le fuera reconocida su pensión, a partir del 1° de agosto de 2015 (fl. 207).

Adicionalmente a la anterior ratificación, la Sala recuerda que no es dable equiparar las condiciones de afiliado y pensionado. Al respecto, en la sentencia C-841 de 2003, la H. Corte Constitucional declaró exequible el artículo 107 de la Ley 100 de 1993, norma que solo permite a los afiliados el traslado de AFP y no a los pensionados, por cuanto consideró que permitir dicha movilidad a estos últimos afectaría la sostenibilidad financiera del sistema por el incremento de gastos administrativos y el desincentivo de inversiones a largo plazo que quedaría sometidas a que el pensionado no decida trasladarse.

Considerando la precitada sentencia y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se citó anteriormente, esta Sala concluye que es constitucionalmente válido limitar el traslado de pensionados entre AFP, con mayor razón debe restringirse el traslado de régimen pensional de los mismos, incluso sí no se acredita que al momento del traslado la AFP hubiera cumplido con su deber de información, toda vez que el reconocimiento de la pensión es un acto que ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, tal y como ya se explicó, sumado al hecho que permitir el cambio de régimen de los pensionados desconocería el principio de exclusividad de los regímenes, a la vez que conllevaría a afectar a terceros de buena fe, como lo es el caso

de las compañías aseguradoras que emiten las pólizas de renta vitalicia y los terceros que adquirieron en el mercado de valores el bono pensional que fue negociado de forma anticipada, entre otros muchos, tal como lo indica la Corte Suprema de Justicia en sus decisiones sobre la materia.

En conclusión, y dado que el actor ratificó su decisión de permanecer en el RAIS al solicitar el reconocimiento de su pensión de vejez, trámite durante el cual no manifestó ninguna oposición o deseo alguno de trasladarse al RPM, la Sala revocará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia de traslado del actor y ordenó el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES. Precisa la Sala, sobre el desistimiento que presentó el actor con posterioridad a la fecha de reconocimiento de la pensión, esto es, el 4 de noviembre de 2015 (fl. 218), que para ese momento ya se había consolidado su situación de pensionado y con ella todos las actuaciones administrativas necesarias para la conformación del capital que financiaría su prestación, tales como la redención, liquidación y pago del bono pensional, por lo que ya no resultaba oportuno atender tal manifestación.

Como no se formularon pretensiones subsidiarias ni quedan argumentos por estudiar, dado el sentido de la decisión, se revocará la sentencia de primera instancia como se advirtió.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar ABSOLVER a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado
Con Impedimento

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0015-2021
Radicado N° 35 2019 00128 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante sobre la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ELSIE BEATRIZ LASCANO CERRO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que

se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 8 de agosto de 1962, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 19 de enero de 1987 y el 30 de septiembre de 1995, y efectuó cotizaciones a dicha entidad por un total de 228.86 semanas; que el 7 de diciembre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; que el 5 de mayo de 2000, se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR); y el 31 de octubre de 2008, se trasladó a la AFP ING (hoy PROTECCIÓN). Señala que al momento del traslado ninguna de las AFP demandadas le brindó información alguna sobre las implicaciones del traslado, que solo le manifestaron que podía obtener una mesada más alta que en el ISS y podría pensionarse con menor edad. Agregó, que tampoco recibió asesoría oportuna sobre el momento en que podía regresar al RPM y en general sobre las consecuencias de su permanencia en el RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, buena fe y compensación (fls. 128 a 141, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la

prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, la afiliación a dicha entidad a través de ING Pensiones y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe de la AFP PROTECCIÓN, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y prescripción (fls. 282 a 294, Pdf. 1).

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación inicial al ISS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 7 a 50, Pdf. 2).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de noviembre de 2020, se negaron las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante ELSIE BEATRIZ LASCANO CERRO. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandante ELSIE BEATRIZ LASCANO CERRO. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $50.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. **TERCERO:** En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta."*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó de manera previa que las partes no hicieron referencia a la falta de reclamación administrativa por parte de la demandante a COLPENSIONES y al no poder declarar esta excepción de oficio, entiende agotado el requisito de procedibilidad. Sobre la ineficacia del traslado de régimen señaló que el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto no se aplica de manera automática y en el caso particular aun cuando las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento del deber de información, lo cierto es que la demandante no acreditó que se le hubiere causado un perjuicio con el traslado de régimen pensional que efectuó y por ello no es procedente declarar la ineficacia reclamada.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la declaratoria de ineficacia o nulidad que se solicita en la demanda.

La apoderada de PORVENIR solicita en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es

procedente declarar la ineficacia del traslado, pues la demandante conocía las consecuencias de dicho acto.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se declare la ineficacia del traslado con fundamento en la jurisprudencia definida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia de primera instancia adversa a los intereses de la demandante, se remitió para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta parte, conforme el artículo 69 CPT y de la SS.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la parte demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 8 de

agosto de 1962 (fl. 72, Pdf. 2); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 19 de enero de 1987 y el 30 de septiembre de 1995, por un total de 228.86 semanas (fl. 72. Pdf. 2); ***iii)*** que el 7 de diciembre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (fl. 33, Pdf. 1); ***iv)*** que el 5 de mayo de 2000, se trasladó a la AFP HORIZONTE (fl. 32, Pdf. 1); ***v)*** que el 31 de octubre de 2008, se trasladó a la AFP ING (hoy PROTECCIÓN, fl. 35, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las

administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*

Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho categóricamente, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora ELISE BEATRIZ LASCANO CERRO se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 7 de diciembre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 16:38), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, trabajaba en Autonal, donde les informaron que existía una nueva modalidad pensional implementada por el gobierno y que para efectos de brindarles información sobre el tema asistirían unos asesores de Porvenir, señaló que los asesores de la AFP solo les manifestaron que el ISS se iba acabar y tendrían una mejor pensión en los fondos privados porque éstos funcionaban como un ahorro que generaba rendimientos, dice que esto fue lo único que les dijeron al momento de suscribir el formulario y que no se les dio a conocer ningún pormenor consecuencia o incidencia del traslado en la situación particular.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo

que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en cuanto la ineficacia del traslado que se reclama en este proceso se genera por la falta al deber de información y no porque exista prueba de que se haya ocasionado perjuicio alguno a la demandante por razón del traslado. Se declarará entonces la ineficacia del traslado de la demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de

administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados.

De otra parte, se declarará que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora ELISE BEATRIZ LASCANO CERRO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y consecuencialmente los traslados posteriores entre las AFP BBVA HORIZONTE (hoy PORVENIR) e ING PENSIONES (hoy PROTECCIÓN).

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos; y a COLPENSIONES recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la demandante.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda

sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ELISE BEATRIZ LASCANO CERRO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2019 00128 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0249-2021
Radicado N° 35 2019 00278 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA ROCIO BURGOS HERRERA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación

Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 19 de agosto de 1962; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 3 de septiembre de 1987 y el 31 de mayo de 1999, por un total de 395.57 semanas; que en agosto de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, que al momento del traslado no se le brindó información veraz y completa sobre las implicaciones de su decisión; que de manera engañosa le dijeron que podría pensionarse a menor edad porque su cuenta pensional tendría una mayor rentabilidad en esa entidad; que el 16 de abril de 2009, PORVENIR le remitió una comunicación en la que le informaba que se encontraba en una situación de multiafiliación; que para el 12 de enero de 2013, cuando laboraba para la empresa D CONTADORES LTDA. fue trasladada a la AFP COLFONDOS porque la empresa tenía un convenio con dicha administradora y era obligatorio realizar la afiliación; que al solicitar una proyección de su mesada pensional en la AFP COLFONDOS, se le informó que el valor de la misma en el RAIS sería tres veces inferior a la que le correspondería en el RPM. Por último, señala que mediante escrito del 13 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS y su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la actora y las solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada (fls. 120 a 126, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó el relacionado con el traslado de régimen efectuado por la actora a través de dicha AFP, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las 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 (fls. 170 a 185, Pdf. 1).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 314 a 333, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de marzo de 2021 negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARTHA ROCIO BURGOS HERRERA. **SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandante MARTHA ROCIO BURGOS HERRERA. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $50.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. **TERCERO:** En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al*

Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta."

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que el precedente de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto no se aplica de manera automática y en el caso particular aun cuando las AFP demandadas no acreditaron el cumplimiento del deber de información, lo cierto es que la demandante no acreditó que se le hubiere causado un perjuicio con el traslado de régimen pensional que efectuó y por ello no es procedente declarar la ineficacia reclamada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se declare la ineficacia del traslado de régimen. Para sustentar el recurso aduce que dentro del expediente se encuentra acreditado que la mesada pensional que correspondería a la actora en el RPM es superior a la que le correspondería en el RAIS. Señala además que independientemente de que exista o no prueba de algún perjuicio ocasionado, lo cierto es que las AFP demandadas no probaron en este expediente haber dado cumplimiento a su obligación de brindar información clara, completa y detallada sobre las implicaciones de este acto al momento mismo del traslado. Dice además que la decisión atenta contra el principio de progresividad de la seguridad social en cuanto usa la interpretación menos favorable a la afiliada.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se confirme la decisión de primera instancia que negó la ineficacia del traslado. El apoderado de PORVENIR solicitó que se confirme la decisión de

primera instancia en cuanto definió no procedente la ineficacia del traslado solicitada.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 19 de agosto de 1962 (fl. 15, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 3 de septiembre de 1987 y el 31 de mayo de 1999, por un total de 395.57 semanas (fls. 15, Pdf. 1); ***iii)*** que el 18 de junio de 1999, suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP PORVENIR (fl. 190, Pdf. 1) ; ***v)*** que el 7 de octubre de 2013, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 334, Pdf. 1); ***vi)*** que el 13 de febrero de 2019, solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable por la entidad (fl. 11, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra su escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo,*

sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever."

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Sala de Casación Laboral ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARTHA ROCIO BURGOS HERRERA se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 18 de junio de 1999, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 15:48), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado, trabajaba en Price Water House Coopers, que el asesor de PORVENIR fue al lugar de trabajo

y les dijo que en dicho Fondo tendría la oportunidad de pensionarse de manera anticipada y con una mesada superior a la que le correspondería en el ISS.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, en cuanto la ineficacia del traslado que se reclama en este proceso se genera por la falta al deber de información y no porque exista prueba de que se haya ocasionado perjuicio alguno a la demandante por razón de éste. Se declarará entonces la ineficacia del traslado de la demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL 4025 de 2021 donde se rememoró la SL

del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser debidamente indexados. Así se dispondrá en la parte resolutiva de esta decisión.

De otra parte, se declarará que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de prima media efectuado por la señora MARTHA ROCIO BURGOS HERRERA al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y consecuencialmente el traslado posterior a la AFP COLFONDOS.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos; y a COLPENSIONES recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral de la

demandante, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA ROCIO BURGOS HERRERA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 035 2019 00278 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0270-2021
Radicado N° 36 2018 00172 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de PROTECCION y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PROTECCION trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

SANDRA GARCIA REINA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 25 de julio de 1960; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 8 de abril de 1987 hasta el 4 de octubre de 1991, y cotizó a dicha entidad un total de 377.43 semanas; que el 20 de octubre de 1994, se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen; que el 25 de octubre de 2017 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público (fls. 109 a 133, Pdf. 1).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de validez de la afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, buena fe,

inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (fls. 208 a 216, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora SANDRA GARCÍA REINA, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de noviembre de 1994 con la AFP PROTECCIÓN S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. **TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. Liquídense, con la suma de $900.000 a título de agencias en derecho. **QUINTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del

traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación en cuanto ordena la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que la correcta administración de dichos dineros se refleja en los rendimientos obtenidos durante el tiempo de afiliación y que no es posible disponer su devolución, pues no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores, pues la

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó a la actora con la AFP PROTECCION, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria. Agregó, que al momento del traslado no era una obligación legal de las AFP documentar el tipo de información que le suministraban a sus afiliados y que exigirlo es una carga desproporcionada. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incursa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y que disponer la ineficacia en el caso bajo

estudio atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 25 de julio de 1960 (fl. 23, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 8 de abril de 1987 y el 4 de octubre de 1991, por un total de 377.43 semanas (Pdf. 3, carpeta 5 exp. digital); ***iii)*** que el 20 de octubre de

1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN (fl. 159, Pdf. 1); ***iv)*** que el 25 de octubre de 2017, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 43, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora SANDRA GARCIA REINA se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 20 de octubre de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que

recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 7, audio min. 34:26), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en la Clínica Santa Fe, que los reunieron en un salón y les hicieron una reunión con asesores de DAVIVIR, la cual duró aproximadamente 15 minutos. Señaló, que lo único que les dijeron es que el Seguro Social iba ser liquidado y podrían quedarse sin pensión si no se trasladaban, que ante dicha información decidió trasladarse por temor.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por la representante legal de PROTECCIÓN en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 7, audio min. 15:03), pues al efecto solo manifestó que la información suministrada a la demandante al momento del traslado no se encuentra documentada, en cuanto para esa fecha lo púnico que se exigía era el formulario de afiliación. Señaló no haber estado presente en el momento de la suscripción del formulario pero constarle que los asesores de la entidad están debidamente capacitados para brindar la información necesaria a los afiliados.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el

formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PROTECCION, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas

deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: Sin costas en esta instancia

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada Salvamento de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: SANDRA GARCÍA REINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2018 00172 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0269-2021
Radicado N° 36 2019 00242 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de OLD MUTUAL y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA LUCIA DUQUE VILLAVECES, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 30 de junio de 1967; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y prestó servicios a entidades del sector público entre el 25 de agosto de 1992 y el 31 de diciembre de 1994; que el 29 de abril de 1994, suscribió formulario de traslado al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN; que el 8 de agosto de 2021, se trasladó a la AFP OLD MUTUAL – SKANDIA; que ninguna de las AFP demandadas le brindó asesoría con información sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS; que nunca recibió información sobre la distribución de la cotización entre el Régimen de Prima Media y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ni de la oportunidad que tenía para regresar al RPM. Por último, señala que mediante escrito del 5 de febrero de 2019 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado a RAIS y su afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante y su afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de buena fe, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (fls. 150 a 166, Pdf. 1).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. se opuso a la prosperidad de las

pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandada y el traslado de régimen efectuado a través de la AFP COLMENA, frente a los demás manifestó que no son ciertos o que no le constan. Como excepciones propuso las 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de aportes a otras administradoras (fls. 228 a 249, Pdf. 1)

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación inicial a dicha entidad y el posterior traslado al RAIS, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inoponibilidad, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos e inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 (fls. 295 a 311, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 24 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP OLD MUTUAL -

SKANDIA trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora MARTHA LUCÍA DUQUE VILLAVECES, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de mayo de 1994 con la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. **TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN S.A. Liquídense, con la suma de $900.000 a título de agencias en derecho, distribuidas a prorrata. **QUINTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S"*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio las AFP demandadas no cumplieron con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la

demanda. Para sustentar el recurso aduce que la obligación de documentar la información y la doble asesoría no se encontraba vigente para el momento en que la demandante se trasladó de régimen pensional y por ello no es procedente exigir a las AFP el cumplimiento de este requisito para validar un traslado. Señaló que la demandante no tenía ninguna condición especial al momento del traslado ni tenía expectativa legítima alguna que se afectara con la decisión libre de trasladarse de régimen. Dice además que aun cuando la demandada OLD MUTUAL devuelva los valores correspondientes a los gastos de administración, de todas formas se vería afectado el principio de sostenibilidad financiera del sistema, en cuanto se trata de una prestación respecto de la cual no se realizaron los aprovisionamientos necesarios.

La apoderada de la demandada **OLD MUTUAL - SKANDIA** interpuso recurso de apelación en cuanto se ordenó la devolución de los gastos de administración. Para sustentar el recurso aduce que los descuentos realizados a la demandante por este concepto se encuentran debidamente autorizados por la ley, y en su momento fueron distribuidos para efectuar el pago de los diferentes seguros previsionales. Señala además, que ordenar la devolución de los gastos de administración constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante en cuanto se benefició de la gestión que realizó la entidad al recibir rendimientos en su cuenta y que de todas formas estos valores específicos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones de segunda instancia, solicita que se revoque en su totalidad la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN), cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 30 de junio de 1967 (fl. 22, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 12 de junio de 1994 y el 31 de diciembre de 1994 (fls. 194, Pdf. 1); ***iii)*** que prestó servicios al Departamento Nacional de Planeación entre el 25 de agosto de 1992 hasta el 1° de junio de 1994 (fl. 194, Pdf. 1); ***iv)*** que el 29 de abril de 1994 suscribió formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN); ***v)*** que el 8 de agosto de 2001 se trasladó a la AFP SKANDIA (fl. 34, Pdf. 1); ***vi)*** que el 5 de febrero de

2019 solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS y su afiliación al RPM (fl. 35).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014 Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARTHA LUCIA DUQUE VILLAVECES se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 29 de abril de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al RPM.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la

escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (carpeta 6, audio 1, min. 31:58, expediente digital), pues al efecto solo manifestó que laboraba en una empresa denominada GHK y cuando llegó a esta empresa los afiliaban directamente a SKANDIA, pero no les brindaban ningún tipo de información relacionada sobre tal afiliación, que desde el traslado que realizó a COLMENA no le fue suministrada información alguna sobre las implicaciones del traslado y ni siquiera sabía que en algún momento podía regresar al RPM.

Tampoco se deduce nada relevante de lo manifestado por el representante legal de la AFP PROTECCIÓN en diligencia de interrogatorio de parte (carpeta 6, audio 1, min. 16:57, expediente digital), pues solo manifestó que no estuvo presente en el momento en que la demandante suscribió el formulario de traslado, que el formulario no contiene anexo alguno del cual se deduzca el tipo de información brindada porque no era obligación de los fondos.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorio de parte o testimonios tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues

nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP OLD MUTUTAL - SKANDIA, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la juez de primera instancia omitió ordenar a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral, se adicionará la sentencia en este sentido.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP OLD MUTUAL - SKANDIA a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente precisa en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo, valores que deberán ser indexados. Como la sentencia de primera nada dijo al respecto se adicionará tal decisión.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, que una vez reciba los valores de la AFP OLD MUTUTAL – SKANDIA, active la afiliación de la demandante en el RPM y actualice su historia laboral, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que la AFP PROTECCIÓN S.A. debe asumir el pago de las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo, valores que deberán ser indexados, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento

en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

SEXTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARTHA LUCIA DUQUE VILLAVECES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2019 00242 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0271-2021
Radicado N° 36 2019 00315 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por el apoderado de PORVENIR y COLPENSIONES contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

EMMA PATRICIA RESTREPO GUEVARA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

También solicita que se condene a la AFP PORVENIR S.A. al pago de 50 SMLMV, como indemnización por la conducta atentatoria a su derecho pensional.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 2 de mayo de 1961, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES entre el 17 de febrero de 1986 y el 31 de diciembre de 1994, y cotizó a dicha entidad un total de 31.14 semanas; que el 13 de diciembre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni se le informó sobre las ventajas que tendría retornar al RPM y la fecha límite de regresar a dicho régimen; que el 25 de agosto de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 (fls. 93 a 121, Pdf. 1).

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta

de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos e inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política (fls. 169 a 194, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 18 de noviembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora EMMA PATRICIA RESTREPO GUEVARA, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 13 de diciembre de 1995 a la AFP PORVENIR S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. **TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a PORVENIR S.A. Liquídense, con la suma de $900.000 a título de agencias en derecho. **QUINTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S"*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, oportuna, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el acto de traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que se materializó con la suscripción del formulario, que el trámite del traslado se dio de acuerdo a las normas vigentes para ese momento y que el formulario de vinculación suscrito cumplió con todos los requisitos de ley y debe tenerse en cuenta como prueba del cumplimiento de los deberes legales por parte de la AFP. Señaló, que debe tenerse en cuenta además que la demandante realizó varios traslados horizontales y ello ratifica la voluntad de la demandante en el RAIS. Sobre la devolución de los gastos de administración, aduce que este descuento se encuentra debidamente autorizado por la ley y corresponde a la contraprestación que recibe la entidad por la labor de administración de los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que no existe un fundamento jurídico para ordenar la devolución de estos valores.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que no es procedente ordenar el regreso de la demandante al RPM porque

quedó demostrado que el acto del traslado de régimen pensional es completamente válido, señaló que no se probó dentro del proceso la existencia de vicio en el consentimiento alguno en la suscripción del formulario de traslado que vinculó a la actora con la AFP PORVENIR, y por el contrario este documento demuestra que la decisión fue libre y voluntaria. Dice además, que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra incursa dentro de una prohibición legal para regresar al RPM.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió

con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 2 de mayo de 1961 (fl. 35, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el 17 de febrero de 1986 y el 31 de diciembre de 1994, por un total de 31.14 semanas (fl. 196, Pdf. 1); ***iii)*** que el 13 de diciembre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR (fl. 124, Pdf. 1); ***iv)*** que el 22 de febrero de 2007, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 124, Pdf. 1); ***v)*** que el 29 de septiembre de 2009, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 124, Pdf. 1); ***vi)*** que el 30 de agosto de 2010, se trasladó a la AFP COLFONDOS (fl. 124, Pdf. 1); ***vii)*** que el 27 de julio de 2017, se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 165, Pdf. 1); ***viii)*** que el 25 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM (fl. 31).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre 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 consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem,* dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En armonía con lo anterior, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En igual sentido, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de

diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho claramente que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora EMMA PATRICIA RESTREPO GUEVARA se trasladó a la AFP PORVENIR el 12 de diciembre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (Carpeta 6, audio min. 19:25), pues al efecto solo manifestó que para la época del traslado trabajaba en un centro de salud, que allí llegaron unos asesores de PORVENIR a decir que el ISS se iba acabar y por ello debían trasladarse a los fondos privados, pero en manera alguna le dieron información sobre el particular y lo que implicaba realizar el traslado de régimen pensional.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco

aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP PORVENIR, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. También se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021, determinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que en el caso bajo estudio, mediante auto proferido dentro de la audiencia celebrada el día 12 de noviembre de 2020 (audio, carpeta 6), la Juez no accedió a la solicitud de vincular a la AFP COLFONDOS S.A., entidad en la cual también estuvo afilada la demandante, según lo acredita el documento de folio 124 Pdf. 1., por ello no podrá dictarse condena alguna en contra de esta AFP, pero ello no obsta, para que en la parte resolutiva de esta decisión se adicione la sentencia de primera instancia, para declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías legales pertinentes, el pago de las sumas deducidas por COLFONDOS S.A. y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicho fondo.

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo el capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, las sumas deducidas por las AFP a las cuales estuvo afiliada la demandante, dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivencia, gastos de administración y comisiones que corresponda, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EMMA PATRICIA RESTREPO GUEVARA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2019 00315 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0250-2021
Radicado N° 36 2019 00566 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR contra la sentencia proferida el 22 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA JOSEFA BERNAL GONZALEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 15 de junio de 1957; que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad por un total de 63.71 semanas, entre el 9 de noviembre de 1992 y el 30 de abril de 1994; que prestó servicios a la Contraloría de Cundinamarca entre el 3 de junio de 1986 y el 30 de diciembre de 1986, tiempo durante el cual se le efectuaron cotizaciones a CAPRECUNDI; que prestó servicios al ICBF entre el 16 de marzo de 1994 y el 2 de septiembre de 1996, tiempo en el que se le efectuaron cotizaciones a CAJANAL. Señaló, que el 19 de febrero de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR; que al momento del traslado el Fondo demandado no le suministró con trasparencia la información relacionada con las ventajas y desventajas, implicaciones, beneficios y consecuencias del traslado de régimen pensional; que el 26 de septiembre de 2018, solicitó a COLPENSIONES anular su traslado de régimen pero esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir o inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de los actos jurídicos e inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución

Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005 (fls. 180 a 203, Pdf. 1).

La AFP PORVENIR se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, el traslado del RPM al RAIS y la afiliación a dicha entidad, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las 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 (fls. 211 a 237, Pdf. 1).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 22 de abril de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*"**PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA** del traslado efectuado por la señora MARÍA JOSEFA BERNAL GONZÁLEZ, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1° de abril de 1997 con la AFP PORVENIR S.A. **SEGUNDO: CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra. **TERCERO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción. **CUARTO: CONDENAR** en COSTAS a PORVENIR S.A. Liquídense, con la suma de $900.000 a título de agencias en derecho. **QUINTO: CONSÚLTESE** con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –*

COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S."

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que como requisito fundamental de validez del traslado de régimen pensional, la Corte Suprema ha precisado que es deber de las Administradoras de fondos de pensiones cumplir con la obligación de brindar una información clara, completa y detallada a sus afiliados sobre las implicaciones del acto que celebran. Señaló que en el caso bajo estudio la AFP demandada no cumplió con esta obligación y por ello el traslado de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada **PORVENIR** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que el traslado de régimen pensional de la demandante obedeció a una decisión libre y espontánea, que la demandante manifestó haber suscrito el formulario de afiliación sin presiones, que para el momento en que la demandada se trasladó no existía la obligación legal de documentar el tipo de información que se le brindaba al afiliado. Dice además, que debe tenerse en cuenta lo manifestado por la demandante en diligencia de interrogatorio de parte donde afirmó haber recibido información sobre las ventajas del traslado, lo que resulta suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información, teniendo en cuenta que en ese momento no se exigía legalmente una doble asesoría o buen consejo. Señala que no puede pasarse por alto que la profesión de la demandante es abogada y por ello debe tener conocimiento de cómo funciona el sistema de seguridad social en pensiones. Frente a la devolución de los gastos de administración manifestó que éstos se encuentran debidamente regulados en la Ley 100 de 1993 y su devolución representaría un perjuicio para la entidad y un beneficio injustificado a la demandante, teniendo en cuenta que es dinero al que se le dio la destinación

pertinente y por otro lado corresponde a la gestión realizada que se ve representada en los rendimientos de la cuenta. Finalmente, refiere que este concepto si se encuentra afectado por el fenómeno de prescripción en cuanto de él no se financia el derecho pensional.

La apoderada de **COLPENSIONES** solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para sustentar el recurso aduce que para el momento en que la demandante se trasladó no existía la obligación legal de documentar el tipo de asesoría que los fondos brindaban por lo que no resulta procedente realizar esta exigencia al Fondo demandado, y debe darse plena validez probatoria al formulario de afiliación donde la demandante manifestó la voluntad de trasladarse al RAIS. Señala que la demandante nunca manifestó inconformidad frente a la decisión que tomó y que dado su perfil profesional no puede desconocerse que debía conocer que la ley limitaba el traslado de régimen pensional, al momento en que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la AFP PORVENIR solicita en sus alegaciones que se revoque la sentencia de primera instancia, al efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP hoy PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que la demandante nació el 15 de junio de 1957 (fl. 84, Pdf. 1); ***ii)*** que realizó al ISS hoy COLPENSIONES entre el 9 de noviembre de 1992 y el 30 de abril de 1994, por un total de 63.71 semanas (fl.; ***iii)*** que prestó servicios a la Contraloría de Cundinamarca desde el 3 de junio de 1986 y el 30 de diciembre de 1986, tiempo durante el cual realizó cotizaciones a CAPRECUNDI (fl. 90, Pdf. 1); ***iv)*** que prestó servicios al ICBF entre el 16 de marzo de 1994 y el 2 septiembre de 1996 tiempo durante el cual realizó cotizaciones a CAJANAL (fl. 90, Pdf. 1); ***v)*** que el 19 de febrero de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR (fl. 95, Pdf. 1); ***vi)*** que el 26 de septiembre de 2008, solicitó a COLPENSIONES su regreso al RPM y esta entidad resolvió tal solicitud de manera desfavorable (fls. 104 y 105, pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental radica en lo dispuesto por el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, del cual emana la escogencia

libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno, el art. 114 *ibídem,* señala los requisitos para el traslado, destacando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, consagra, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada por fuera de esos parámetros, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

En la misma orientación conceptual, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019,

indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho

menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **Caso Concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA JOSEFA BERNAL GONZALEZ se trasladó a AFP PORVENIR el 19 de febrero de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES y otras cajas de previsión (CAPRECUNDI y CAJANAL).

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por la actora en diligencia de interrogatorio de parte (audio 1 min. 04:29), pues al efecto manifestó que para la época del traslado los asesores de PORVENIR fueron a su lugar de trabajo y le informaron que el ISS y CAJANAL se iban a acabar, que en los fondos privados existían mayores beneficios, porque recibiría rendimientos que se reflejarían en una mesada pensional más alta y que PORVENIR era un grupo económico grande con un gran respaldo.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del

deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES sobre el perfil profesional de la demandante, que la obligación de cumplimiento al deber de información por parte de las AFP no se encuentra supeditado al conocimiento técnico o profesional que tengan sus afiliados sobre el funcionamiento del Sistema General de Pensiones, pues además de que la demandante no es abogada especialista en este campo, el conocimiento de las normas que rigen la materia no suple la obligación de demostrar que cumplieron con brindar la información en los términos definidos por la jurisprudencia referida.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la

ineficacia del traslado. Se confirmará la decisión en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Sobre este último aspecto es pertinente precisar que si bien la última entidad a la cual estuvo afiliada la demandante con anterioridad al traslado fue CAJANAL, en aplicación del Decreto 2196 de 2009, que dispuso la supresión y ordenó la liquidación de esta entidad, se generó el 1° de julio de 2009 un traslado masivo de los afiliados de dicha Caja al extinto ISS, siendo que la Caja hoy UGPP solo mantuvo la obligación del reconocimiento de obligaciones pensionales de sus afiliados que hubieran cumplido los requisitos de la pensión de jubilación o vejez antes del traslado de afiliados en tanto la UGPP no fungiría como administradora del RPM.

Así las cosas, considerando la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, bajo la ficción de que debió permanecer en la extinta CAJANAL, se tiene que para el 1° de julio de 2009 tenía apenas 52 años, por lo cual no cumplía el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación, por tanto, el reconocimiento de sus derechos pensionales pasó a ser responsabilidad de COLPENSIONES, siendo dicha entidad entonces la llamada a la reactivación de la afiliación de la demandante al RPM conforme el Decreto 2196 de 2009.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y

debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se adicionará el numeral segundo de la sentencia para dictar la condena como corresponde.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia en el sentido de ordenar a la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA JOSEFA BERNAL GONZALEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2019 00566 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0276-2021
Radicado N° 38 2018 00575 01

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 13 de mayo de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

EDILBERTO SUAREZ MENDIETA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, que se ordene

el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que el 15 de julio de 1956; que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES entre el 18 de abril de 1972 y el 31 de diciembre de 2016, y realizó cotizaciones a dicha entidad por 429.29 semanas; que el 12 de diciembre de 1996, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS. Señaló, que al momento del traslado de régimen la AFP demandada no le brindó asesoría alguna sobre las implicaciones, consecuencias, ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni le explicó la forma en que se distribuían las cotizaciones en este régimen, y que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que el 12 de junio de 2018 solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, su afiliación inicial a dicha entidad y la solicitud presentada; frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (fls. 72 a 96).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y su afiliación a dicha entidad; frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de falta de legitimación en la

causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, buena fe, compensación, pago y ausencia de vicios del consentimiento (fls. 115 a 129).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de mayo de 2021, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutiva de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, por el señor **EDILBERTO SUAREZ MENDIETA**. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. **SEGUNDO: EXCEPCIONES.** Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las excepciones propuestas. **TERCERO: COSTAS.** Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $500.000, en favor de cada una de las demandadas. **CUARTO**: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el superior".*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual. Para resolverlo indicó que dentro del expediente no se acreditó la existencia de vicio en el consentimiento alguno o la causación de un perjuicio con ocasión del traslado. Concluyó que ante la escasa actividad probatoria de la parte demandante en ese

sentido, no resulta procedente declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional efectuado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se declare la ineficacia del traslado de régimen. Para sustentar el recurso aduce que la AFP demandada no demostró haber cumplido con la obligación de brindar la información debida al actor al momento del traslado de régimen, en los términos que exige la jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Señala que contrario a lo definido por el juez de primera instancia, no es el demandante quien tenía la carga de probar el tipo de información que recibió, pues es el fondo quien tiene ña carga de aportar dicha prueba en los términos de la jurisprudencia. Agrega que la falta de información al momento del traslado o la omisión por parte del fondo en brindarla, vició el consentimiento que prestó el actor para suscribir dicho acto, pues no pudo tomar una decisión libre e informada porque no conocía las consecuencias e implicaciones de la suscripción del traslado.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto no es procedente la declaratoria de ineficacia o nulidad que se solicita en la demanda.

El apoderado de la parte demandante solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se declare la ineficacia del traslado con fundamento en la jurisprudencia definida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66ª del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: ***i)*** que el demandante nació el 15 de julio de 1956 (fl. 23, Pdf. 1); ***ii)*** que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES y realizó cotizaciones a dicha entidad entre el18 de abril de 1972 y el 31 de diciembre de 1996, por un total de 429.29 semanas (fl. 32, Pdf. 1); ***iii)*** que el 12 de diciembre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS S.A. (fl. 33, Pdf. 1); ***iv)*** que el 12 de junio de 2018, solicitó a COLPENSIONES la nulidad del traslado al RAIS (fl. 34, Pdf. 1).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

La selección de régimen pensional, encuentra su fundamento jurídico en el literal *b)* del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual consagra para el afiliado el derecho a escoger libre y voluntariamente su régimen pensional; el cual es reiterado mas adelante por el art. 114 *ibídem,* al establecer los requisitos para el

traslado, puntualizando que la selección de régimen pensional, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. En el mismo sentido, el artículo 271, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Complementariamente, el numeral 1° del art. 97 del Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero-, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó la obligación de las entidades financieras 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. Sobre el momento a partir del cual las AFP asumieron tal obligación, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban 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.

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el afiliado recibiera "*información completa sobre los rasgos definitorios de cada régimen, las oportunidades y riesgos que lo caracterizan y las implicaciones de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever.*"

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021, reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información

calificada a sus afiliados, describiendo su evolución normativa de la siguiente forma:

"(...)

Etapa acumulativa	***Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información***	***Contenido mínimo y alcance del deber de información***
Deber de información	*Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993* *Art. 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003* *Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal*	*Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales*
Deber de información, asesoría y buen consejo	*Artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009* *Decreto 2241 de 2010*	*Implica el análisis previo, 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*
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	*Ley 1748 de 2014* *Artículo 3.° del Decreto 2071 de 2015* *Circular Externa n.° 016 de 2016*	*Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.*

(...)"

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019,

indicó, que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *"a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada"* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión.

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y 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.

Sobre este último aspecto, esa alta Corporación señaló en la sentencia SL 2279-2021, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a 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, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

Finalmente, es pertinente señalar que la Corte ha dicho de manera clara, que en aquellos casos en que un afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no puede entenderse como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS, y mucho

menos, convalida la omisión de la AFP de dar cumplimiento al deber de información (sentencia SL2279-2021).

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral 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.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor EDILBERTO SUAREZ MENDIETA se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 12 de diciembre de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes a COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Nada diferente se obtiene de lo manifestado por el actor en diligencia de interrogatorio de parte (audio, min. 7:25), pues al efecto solo manifestó que el momento del traslado coincidió con su vinculación a una empresa de seguridad, que durante la capacitación que estaba realizando fue abordado por un asesor de COLFONDOS, quien le dijo que el panorama pensional en el ISS no era muy bueno porque lo iban a liquidar y que dicho fondo le ofrecía mejores condiciones porque podría pensionarse a menor edad y obtener rendimientos en su cuenta pensional. Señaló que no recibió información adicional sobre el acto del traslado de régimen pensional.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y se declarará entonces la ineficacia del traslado del demandante, lo cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019, SL 1421-2019 y SL4025 de 2021 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 y SL4025 de 2021 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, pues estos recursos, desde el momento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

De otra parte, se declarará que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en ambas instancias.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media, efectuado por el señor EDILBERTO SUAREZ MENDIETA, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado del actor, incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones, valores que deberán ser indexados y asumidos con cargo a sus propios recursos, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada Aclaración de voto

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

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

ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: EDILBERTO SUAREZ MENDIETA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES- Y OTROS
RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2018 00575 01

MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada