



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2020 00252 01
DEMANDANTE: ROCÍO ESPERANZA PATIÑO BURBANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colmena S.A., hoy Protección S.A. y del cambio a la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se ordene a las AFP devolver a Colpensiones el saldo de la cuenta de ahorro individual, incluidas cotizaciones, aportes voluntarios, bono pensional y rendimientos, sin descuento alguno. Así mismo, a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 29 de enero de 1960 y estuvo afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social del 12 de febrero de 1985 al 30 de abril de 1994. Refirió que se trasladó al régimen de ahorro individual a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A. el 1 de mayo de 1994 y el 1 de abril de 2002, cambió a la administradora Colfondos S.A. y en ninguna de estas le brindaron información suficiente, clara y veraz sobre las características de cada régimen, los efectos o beneficios de su decisión. Expuso que las enjuiciadas negaron el retorno al régimen de prima media (fl. 2 a 18 expediente digital).

Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó el natalicio de la demandante, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Planteó las excepciones 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, solicitud de condena en costas al demandante y las declarables de oficio (expediente digital).

La FP Protección S.A. rechazó las súplicas excepto la relacionada con dar aplicación a los principios del derecho laboral y los del ordenamiento jurídico Colombiano. Admitió la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al fondo, la petición de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe»* y las declarables de oficio (expediente digital).

La AFP Colfondos S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la data de nacimiento de la actora, la afiliación al fondo, la petición de traslado y su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los restantes hechos. En su defensa, propuso las excepciones 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 administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables oficiosamente (expediente digital).

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, la rechazó las súplicas. Aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su afiliación a Cajanal, el traslado al RAIS, la reclamación administrativa y su respuesta. Expuso que no le constan o no son ciertos los demás hechos. En su defensa, formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva – inexistencia de obligación en cabeza de UGPP, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005), error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción y la demás declarables de oficio (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de octubre de 2021, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra e impuso costas al demandante (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que no se acredita la configuración de errores de hecho ni de derecho, en punto que analizada la situación que presentaba la demandante al momento del traslado no es

dable declarar la ineficacia del traslado, además porque confesó que recibió información sobre características del régimen de ahorro individual. Concluyó que la accionante quien venía afiliada a Cajanal tuvo la oportunidad de vincularse al Instituto de Seguro Social, pese a ello optó por el RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, la demandante apeló lo resuelto, bajo el argumento que no es posible entender cumplido el deber de información por parte de la AFP con la simple mención de algunas características del RAIS, pues conforme a la jurisprudencia el posible afiliado debe conocer las consecuencias y efectos del traslado. Que si bien, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, estaba afiliada a Cajanal, tenía la posibilidad de optar por uno de los dos regímenes. Expuso que no es dable concluir que para 1994 conocía las características e implicaciones de la afiliación a ahorro individual.- Refirió que el traslado entre AFP y la permanencia por un largo periodo tampoco convalidan la falta al deber de información.

IV. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las

entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Según certificado de información laboral expedido por el Instituto Colombiano Agropecuario No. 384 (fl. 48 expediente digital), la accionante se afilió a Cajanal 12 de febrero de 1985, migró al RAIS administradora Colmena hoy AFP Protección S.A. el 7 de abril de 1994, luego se cambió horizontalmente a ING del 1 de abril de 2000 y, a partir del 1 de abril de 2002 en adelante a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado prestaba servicio al “ICA” y cotizaba a Cajanal. En la entidad se realizaron reuniones en las que asesores de los fondos explicaron que al trasladarse podía pensionarse en cualquier momento, que disminuiría el tiempo de cotización, obtendría altos rendimientos que le permitirían incrementar el valor de la pensión, tendría una cuenta a su nombre y los aportes realizados con anterioridad serían trasladados con un bono pensional. Admitió que no se acercó al fondo privado a solicitar información adicional y solo acudió a Colpensiones hace tres años cuando el fondo privado le notificó que su pensión iba a ser un salario mínimo, Narró que se trasladó a la AFP Colfondos convencida que obtendría mejores rendimientos.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-

2021). Por ello, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Colmena hoy Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

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

Por tanto, la AFP Colfondos S.A. administradora en la que se encuentra actualmente vinculada la accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la

demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

Conviene indicar que la Ley 100 de 1993 en su artículo 52 asignó al Instituto de los Seguros Sociales, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida (RPM) y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social nacionales y territoriales. Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen respecto de sus afiliados y

mientras subsistieran sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

Por su parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE y el artículo 4 de esta preceptiva dispuso el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a su vigencia. En tal virtud, aunque la demandante antes de cambiarse al régimen de ahorro individual no había realizado aportes al Instituto de Seguros Sociales, ello no impide que en aplicación de la ineficacia pueda ordenarse su retorno al régimen de prima media hoy administrado por Colpensiones, entidad que por virtud de la ley recibió los afiliados de la extinta Cajanal a la cual venía cotizando la accionante.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de las demandadas a excepción de la la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: ORDENAR a Colfondos S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones – debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades.

TERCERO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo.

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

QUINTO: ABSOLVER de las pretensiones a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP

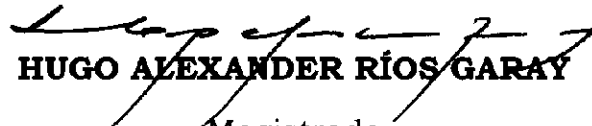
SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada 38-2020-252-01.
Admision de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ROCIO ESPERANZA PATIÑO BURBANO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2020 00252 01

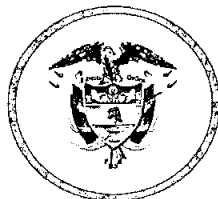
MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 20 2019 00451 01
DEMANDANTE: ADRIANA MARÍA FERNANDA CASTRO BARRERO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de mayo de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Este proceso ha pasado a la suscrita Magistrada por ponencia no aceptada por la mayoría, en consideración a que el proyecto inicial carecía de armonía y concordancia entre las valoraciones probatorias y las disertaciones jurídicas de la parte considerativa, y la decisión plasmada en la parte resolutive. Ello, como quiera que si bien, se confirmaba la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado, la única motivación del proveído era que la Sala de Casación Laboral y Penal por vía de tutela ha dejado sin efectos algunas decisiones proferidas por este Tribunal que se apartaban del precedente sentado sobre la materia. Empero la argumentación legal y el análisis probatorio estaba dirigido a sustentar los motivos por los cuales se consideraba que no debía declararse ineficaz el acto jurídico del traslado (art. 280 del CGP).

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

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

La misma Corporación ha puntualizado que:

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

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Colfondos S.A., para tenerse como válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida (RPM). En consecuencia, se condene

a Protección a trasladar a Colpensiones los aportes cotizados en el RAIS. A esta última a aceptar los aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad. A las demandadas a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 18 de septiembre de 1984 se afilió al Instituto de Seguros Sociales y cotizó 465,57 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el 12 de octubre de 1995 a través de la AFP Colfondos. Adujo que el representante del fondo no le brindó información sobre las características de cada régimen, no la ilustró de manera suficiente sobre las ventajas y desventajas del cambio, pues, se limitó a indicarle que el ISS se iba a acabar, entre tanto, en el fondo privado podría pensionarse a cualquier edad. Refirió que la AFP Protección no le dijo que podría regresar a prima media antes de alcanzar los 47 años de edad. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (fl. 5 a 25 expediente virtual).

Colpensiones se opuso al éxito de las aspiraciones. Admitió la afiliación de la actora al ISS, las semanas cotizadas, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constaban los restantes hechos. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (fl. 153 a 187 expediente virtual).

Protección S.A. rechazó las súplicas. Aceptó únicamente la afiliación a esa AFP. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Propuso 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 y las demás declarables oficiosamente (fl. 232 a 247 expediente virtual).

Por su parte, Colfondos S.A. se allanó a las pretensiones y pidió no ser condenada en costas (fl. 323 expediente virtual).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de mayo de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación o el traslado del régimen de régimen pensional de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la demandante a Colfondos el 12 de octubre de 1995 y el posterior cambio o afiliación a Protección S.A. el 29 de diciembre de 2012. Declaró como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones. Ordenó a aquella devolver a la última la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensiones junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales, si los hubiere, a su respectivo emisor. Gravó en costas a Colpensiones y Protección S.A. (fl. 337 a 340 expediente virtual).

Como sustento de su decisión, señaló que las demandadas AFP Colfondos S.A.S y Protección S.A. no demostraron haber brindado la información completa y suficiente a la accionante para que tomara una decisión a sabiendas de las consecuencias que el cambio implicaría. Así mismo, consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de ilustración que la ley impuso a las AFP desde su creación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones apeló lo resuelto. Argumentó que el traslado es plenamente válido, por ser la expresión de un acto de voluntad de la demandante, quien se encuentra incurso en una prohibición legal para retornar al régimen de prima media en razón de su edad. Refirió que de confirmarse la sentencia debe ordenarse el traslado de todas las sumas de la cuenta individual a fin de salvaguardar la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas de folio 108 la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 18 de septiembre de 1984, migró al RAIS administradora Colfondos S.A. el 12 de octubre de 1996, se trasladó horizontalmente a ING el 1 de noviembre de 2000 y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A. (fl.249).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que para la época del traslado estaba vinculada laboralmente con el “*Banco Cafetero*” allí llegaron asesores del fondo privado quienes indicaron que perdería los aportes efectuados hasta ese momento porque el Instituto de Seguro Social se iba a acabar, le indicaron que su opción era trasladarse al fondo privado que contaba con respaldo financiero y por ende podría a la pensión de manera anticipada y con un monto mejor. Indicó que en varias oportunidades y siempre que cambió de empleador solicitó el traslado a Colpensiones, pero no sabe cuál fue el trámite interno que las empresas adelantaron con los fondos, porque estuvo incurso en un conflicto de multivinculación y en traslados automáticos por absorción entre los fondos

Admitió que la pensión que le ofrece la AFP es más baja que la que obtendría en Colpensiones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha administradora faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como

reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019).

Por tanto, la AFP Protección S.A. administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021). Por lo que la decisión se modificará en esta parte.

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no

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

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 CSJ SL373-2021 entre otras.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 24 de mayo de 2021, que quedará del siguiente tenor: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

SEGUNDO: ADICIONAR la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las

sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo

CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


LUCERO SANTAMARIA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *Asesoración de voto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: ADRIANA MARÍA FERNANDA CASTRO BARRERO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2019 00451 01

MAGISTRADO PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

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

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

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

Teniendo en cuenta ese precedente jurisprudencial contenido en las sentencias de tutela y que hace relación, entre otras, a las sentencias del párrafo anterior, se presentó a la sala por este despacho la ponencia el 28 de octubre de 2021 con decisión igual sobre el tema de ineficacia a la que se emite en el fallo de hoy 28 de febrero de 2022, esto es, confirmando la decisión de declarar la ineficacia contenida en la sentencia de primera instancia.

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

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

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

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

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

“Encuentra la Sala de Revisión que este aspecto depende directamente de que el número mínimo de Magistrados requeridos expresen su voluntad de respaldar la totalidad de las decisiones contenidas en la parte resolutive de tal decisión. Es aquí cuando, frente a las posibles situaciones que pudieran presentarse, aparecen las figuras que en la práctica judicial colombiana se han denominado como aclaración y salvamento de voto¹.

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

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

En el presente caso, pese a que no existía disidencia sobre la decisión, que valga reiterar es respecto de la cual se genera el salvamento de voto, la decisión presentada en la ponencia de 28 de octubre de 2021 se postergó hasta el 28 de febrero de 2022, generando además de los trámites administrativos que dan lugar al cambio de ponente a una demora en la decisión respecto de la ineficacia que se reitera es la misma que se proyectó para el 28 de octubre de 2021.

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

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

En ese orden de ideas, se reitera que la decisión emitida en la presente sentencia en relación a la declaración de ineficacia es idéntica a la presentada en la ponencia de 28 de octubre de 2021 sustentada en las sentencias de tutela que han dejado sin efectos sentencias del Tribunal por apartarse del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral sobre la ineficacia del traslado.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2019 00501 01
DEMANDANTE: ALBERTO MORENO GARCÍA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos interpuestos por la parte demandante y por las demandadas la AFP Porvenir S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP Porvenir S.A., para tenerse como válidamente afiliado a la administradora del régimen de prima media con prestación definida (RPM), sin solución de continuidad. En consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero de la cuenta individual incluidos, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos. A la última a reactivar la afiliación, recibir los aportes, rendimientos y actualizar la historia laboral. Al fondo privado a reconocer y pagar los perjuicios morales, más las costas del proceso. Subsidiariamente, se declarare inexistente el acto de traslado del RPM al RAIS, e inexistente la afiliación al fondo privado.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1 de agosto de 1961 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales en 1993. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la administradora Porvenir S.A. Adujo que el representante del fondo le informó que el régimen de prima media desaparecería, y que en el RAIS la pensión sería más ventajosa. Refirió que la AFP realizó proyección pensional según la cual el monto de la que allí obtendría sería de \$980.400, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$4'522.800. Finalmente, que reclamó el traslado de régimen, pero fue negado. (fl. 2 a 15 expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las peticiones. Aceptó la fecha de nacimiento del actor, la vinculación al régimen de prima media, el traslado al RAIS, también la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, solicitud de condena en costas al demandante y las demás declarables oficiosamente (f.º 77 a 92 expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Manifestó que los hechos no son ciertos o no le constan. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y las demás declarables de oficio (expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de julio de 2021, declaró la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A. adelantado el 1 de junio de 1995, por tanto, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los

aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantías de pensión mínima. Ordenó a la última reactivar de manera inmediata la afiliación sin solución de continuidad y reconstruir la historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó al fondo privado a pagar las costas del proceso (expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que para la fecha del traslado las AFP tenía la obligación de brindar a los posibles afiliados información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del cambio, situación que no se acredita en el plenario con la simple suscripción del formulario de afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes el demandante y las demandadas Colpensiones y la AFP Porvenir S.A apelaron lo resuelto.

El demandante, sostuvo que Colpensiones debe ser condenada a pagar costas del proceso, pues resultó vencida en juicio.

Colpensiones solicitó revocar la sentencia, al argumentar que la AFP no podía negarse a recibir al demandante y no es aceptable exigirle acreditar requisitos adicionales a los revistos en la ley para la data del traslado. Expuso que la entidad ha actuado de buena fe, no participó en el trámite de cambio de régimen, por ello, no está llamada a acarrear con las consecuencias de la declaración de ineficacia. Refirió que la orden impartida por el Juzgado vulnera los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, porque desconoce que el demandante suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación y estuvo vinculado al RAIS por más de 26 años sin manifestar inconformidad. Sostuvo que no se probó la configuración de algún vicio del consentimiento y el

desconocimiento de la ley no le sirve de excusa para retornar a RPM. Finalmente, que se absuelva de pagar las costas del proceso.

La AFP Porvenir S.A imploró revocar la decisión, dado que cumplió con el deber de información en la forma prevista en la ley para el momento del traslado, esto es, con el diligenciamiento del formulario correspondiente. Adujo que el actor pretende regresar a prima media ante la inconformidad en el monto de la pensión, pese a que se encuentra incurso en una prohibición legal en razón a la edad. Expuso que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues estas sumas fueron descontadas por disposición legal, compensaron la gestión de la AFP que generó rendimientos a la cuenta individual, mantuvieron cubierto al actor para los riesgos de invalidez y muerte y son sumas sobre las cuales opera el fenómeno extintivo de la prescripción, razones por las cuales se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para

quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura

con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de historia laboral el promotor del juicio se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de febrero de 1993, migró al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) (fl. 26 demanda, expediente digital), migró al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) el 1 de junio de 1995, a través de la AFP Porvenir S.A. (fl. 70 y 72 contestación Porvenir, expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que es ingeniero civil, labora en *“Ayesa Ingeniería y Arquitectura Sucursal Colombia”*. Refirió que en 1994 el Instituto de Seguro Social no tenía buen prestigio, asesores del fondo privado adelantaron una reunión que duró aproximadamente 20 minutos en la que proporcionaron información básica, le ofrecieron mejores condiciones de pensión; empero, no recuerda cuales fueron. Admitió que no leyó el formulario, pero lo suscribió voluntariamente. Expuso que solo hasta que un amigo accedió a la prestación de vejez empezó a indagar sobre su futuro pensional, se acercó a la AFP, allí le realizaron una simulación pensional y en ese momento evidenció que su mesada sería inferior a la que esperaba y no le permitiría ni siquiera pagar la cuota de su apartamento, por ello, busca regresar al régimen de prima media.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). Por ello, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

Por tanto, la susodicha administradora deberá devolver el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021 y 5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SL2207-2021 y CSJ 5686-2021). Por lo que la decisión se confirmará en este punto.

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por ello, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con

anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a Colpensiones, ni a Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, las administradoras resultaron derrotadas, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se dispuso el traslado de recursos, la reactivación de la afiliación y la reconstrucción de la historia laboral. En consecuencia, la sentencia se mantendrá en cuanto ordenó a Porvenir pagar las costas del proceso y revocada en cuanto absolvió a Colpensiones de pagarlas.

No se causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

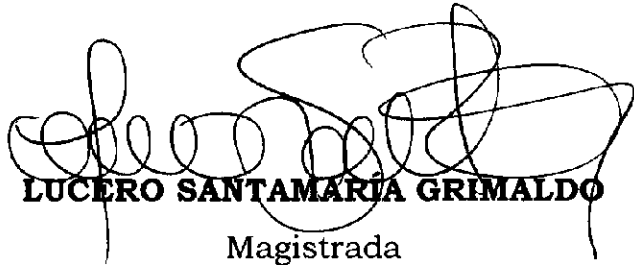
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral octavo de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de julio de 2021, en el sentido de condenar también a Colpensiones a pagar costas del proceso.

CONFIRMAR en los demás la sentencia el *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *relación de voto*
38.2019.00501-01

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ALBERTO MORENO GARCÍA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2019 00501 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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

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


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 38 2020 00049 01
DEMANDANTE: NESTOR FERNANDO VANEGAS MORENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare que es beneficiario del régimen de transición, por contar con más de 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones al 1 de abril de 1994. En consecuencia, se ordene a Protección S.A. trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas. A la última a aceptar el traslado. Asimismo, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita*, y las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual (RAIS) a través de Colfondos S.A. y se condene a Protección S.A. a devolver los recursos de la cuenta individual como si nunca hubiera cambiado de régimen y a Colpensiones a aceptar el retorno.

En respaldo de sus peticiones, narró que nació el 4 de mayo de 1960. Empezó a aportar en pensiones el 1 de agosto de 1977, para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 750 semanas cotizadas. El 15 de mayo de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la administradora Colfondos S.A., convencido que el cambio no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional y sin conocer que perdería el régimen de transición. El 17 de febrero de 2000 cambió horizontalmente a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. Adujo que no se le explicó de manera oportuna, veraz y comprensible las características de cada régimen, sus ventajas y desventajas y, en general, las implicaciones que el cambio tendría en la prestación futura. Sostuvo que la mesada pensional a la que tendrá derecho en el RAIS es de \$3'276.027, entre tanto, en Colpensiones ascendería a \$6'661.429. Finalmente, que las demandadas negaron la solicitud de traslado (fl. 4 a 37 expediente digital).

La AFP Colfondos S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, la petición elevada y su respuesta. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. Planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, *«validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A. derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida»*, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y las demás declarables de oficio (expediente virtual).

Colpensiones rechazó las súplicas. Admitió la data de nacimiento del actor, su afiliación a prima media, la vinculación actual a Protección, las solicitudes presentadas y sus respuestas. Expuso que no eran ciertos o no le constaban los hechos restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente (expediente virtual).

La administradora Protección S.A. rechazó las súplicas. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las vinculaciones al régimen de prima media y al RAIS, la reclamación de traslado y su contestación. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los demás hechos. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y las declarables de oficio (expediente digital)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de octubre de 2021, absolvió a las demandadas de las peticiones elevadas en su contra. Se relevó del estudio de las excepciones propuestas e impuso condena en costas a cargo del demandante (expediente virtual).

Como sustento de su decisión, señaló que al 1 de abril del 1994 el promotor del juicio no había cotizado o prestado servicio por 15 años, por ende, no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993. De otro lado, concluyó que no demostró la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de traslado y no es posible declarar la ineficacia de pleno derecho, porque la afiliación al RAIS corresponde a una manifestación de voluntad, la jurisprudencia no puede ser aplicada de forma automática y general, por ello, cada caso debe ser analizado de manera particular.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, el demandante imploro la revocatoria de la sentencia bajo el argumentó que es beneficiario del régimen de transición por contar con 750 semanas al 1 de abril de 1994, que equivalen a 15 años de cotización. De otra parte, sostuvo que la AFP no demostró que brindó información al momento del traslado por lo que procede declarar la ineficacia del cambio de régimen.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde en esta Sala definir si el demandante es beneficiario del régimen de transición, y si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ 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 aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

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

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

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

V. CASO CONCRETO

Régimen de transición

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

En sus incisos cuarto y quinto puntualiza la norma *ibídem* que esto no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. Tampoco será

aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida. Sobre este punto, se anota, que cuando un afiliado del entonces ISS ahora Colpensiones se traslada a un fondo privado de pensiones, puede regresar si se dan las condiciones legales. Sin embargo, si era beneficiario del régimen de transición, solo lo recupera en determinadas circunstancias.

En efecto, al estudiar la exequibilidad de los incisos 4º y 5º del artículo 36 de la ley 100 de 1993, la Corte Constitucional, en sentencia C-789 de 2002, declaró su exequibilidad bajo el entendido de *que «siempre y cuando se entienda que estas disposiciones no se aplican a quienes habían cumplido quince (15) o más años de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la ley 100 de 1993...»*

El demandante se trasladó al régimen de ahorro individual el 14 de mayo de 1996, cuando contaba con 33 años como quiera que nació el 4 de mayo de 1960 (f.º 40 y 101 expediente digital). Es decir que no acredita el requisito de edad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y para conservar el régimen de transición y regresar de manera automática debe demostrar que cuenta con 15 años cotizados al 1 de abril de 1994.

Realizadas las validaciones correspondientes se pudo determinar que para la fecha en que entró en vigencia la ley 100 de 1993, el actor contaba con 713.68 semanas o lo que es lo mismo 13 años, 10 meses y 15 días. Así las cosas, el demandante incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no logró demostrar ser beneficiario del régimen de transición, tal como acertadamente concluyó el *a quo*.

Traslado de régimen y el deber de información

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones el actor se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS el 19 de febrero de 1979,

migró al RAIS, administradora Colfondos el 14 de mayo de 1996 (fl. 101, contestación AFP), a partir del 1 de abril de 2000 estuvo vinculado a ING y a partir del 31 de diciembre de 2012 y en adelante a Protección S.A. (f.º 82 expediente digital contestación Protección).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó para la época del traslado laboraba para el “*Banco Comercial Antioqueño*” miembro del “*Grupo Santo Domingo*” el área de Recursos Humanos realizó una reunión a la que asistió un asesor de Colfondos, quien expuso que el fondo contaba con el respaldo de ese grupo económico, que le convenía afiliarse porque el Instituto de Seguros Sociales ISS estaba en crisis, sería liquidado y podría perder la pensión, entre tanto, allí recibiría mejor servicio y rentabilidad. Confesó que no leyó el formulario de afiliación y no fue coaccionado a firmarlo. Admitió que no se acercó al ISS o a Colpensiones a indagar sobre su futuro pensional y que recibe extractos de la cuenta individual. Refirió que se trasladó a ING porque asesores del mismo grupo económico se presentaron con los formularios para la suscripción, en esta oportunidad le explicaron que en ahorro individual los aportes generaban rendimientos, empero no le informaron sobre la posibilidad de regresar al régimen de prima media. Reconoció que realizó aportes voluntarios para obtener beneficios tributarios.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colfondos S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado al demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo

privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.» (CJS SL 5686-2021). En consecuencia, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica en los asuntos de ineficacia de traslado por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Colfondos faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360 -2019)

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

Por tanto, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliado el accionante deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera,, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tello, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se causan costas en esta instancia ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de las demandadas.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

TERCERO: CONDENAR a la AFP Colfondos S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizados los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales descontados al demandante mientras estuvo afiliado a dicha AFP, con cargo a sus propias utilidades.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Colfondos S.A. y a Protección S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor.

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

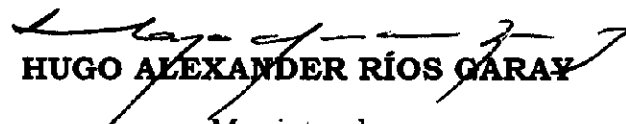
SEXTO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *astarce de x b*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: NESTOR FERNANDO VANEGAS MORENO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 038 2020 00049 01

MAGISTRADA PONENTE: LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia que declaró 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, STP-2166-2021 y STL 351-2022, 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