



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARITZA RAMIREZ RIBERO Y MARIA JULIANA BARRETO RAMIREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 005 2019 00331 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de junio de 2021 y revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia declaró la nulidad del traslado al RAIS y ordenó a Porvenir

S.A. trasladar a Colpensiones las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones y Porvenir S.A., en los cuales se reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante Maritza Martínez Rivero formuló demanda contra la AFP Porvenir S. A. y contra Colpensiones, con el objeto de obtener como pretensión principal que se le pagara la pensión especial de vejez por hija discapacitada en un valor de \$ 6.722.807.00 equivalentes a una tasa de reemplazo del 80% del IBC a partir del 1° de mayo de 2019, junto con el retroactivo causado desde el 4 de noviembre de 2014 y el pago de los daños y perjuicios irradiados incluidos los de su hija por el no pago de la pensión, todas a cargo de la AFP Porvenir S.A.

Planteo pretensiones en forma subsidiaria, en las que solicita se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen que realizó del RPM al RAIS a través de su afiliación a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Colpensiones, recibirla en el RPM y a la AFP Porvenir S.A., al pago de la pensión de vejez sobre el 80% del IBC, junto con el retroactivo pensional generado y los perjuicios causados, así como, se condenara al pago de lo que resultara ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que ingresó al RPM el 1° de abril de 1983; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., el 31 de octubre de 1998, sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; que tomando como base el cálculo de semanas cotizadas en el RPM, había cotizado más de 1834 semanas; que tiene a su cargo una hija en estado de discapacidad permanente con una calificación del 92,8%.

Informa en la demanda que la Corte Constitucional en sentencia T- 554 de 2015, le otorgó la pensión especial de vejez a cargo de Porvenir S.A.; que en auto 568 del 29 de noviembre de 2016, ordenó revisar el cumplimiento de la sentencia; que ante tal situación el Juzgado 14 Penal Municipal con Función de Garantías, el 20 de abril de 2017, profirió auto de cumplimiento indicando que el monto de la pensión ascendía a \$5.375.523 y posteriormente el 27 de abril de 2017, abrió incidente de desacato; que en sede de consulta del auto del 27 de abril de 2017, el Juzgado 20 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, decreto la nulidad de la actuación del Juzgado, por lo que no había existido tutela judicial efectiva de la pensión especial de vejez de la demandante.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la contestación radicó en que de un lado las pretensiones principales iban encaminadas a obtener el pago de la pensión especial de vejez a cargo de Porvenir S.A., situación ajena a Colpensiones, por lo que no se pronunciaba sobre el fondo de la misma y respecto a las pretensiones subsidiarias, aludió que conforme a las pruebas allegadas la actora se encontraba válidamente afiliada al RAIS, al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el art. 48 de la C.N. y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que algunos no eran ciertos. El fundamento fáctico y legal de la contestación radicó en que Porvenir S.A. ya había reconocido la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, como se evidenciaba en las comunicaciones expedidas que obraban en el material probatorio allegado, precisando que la Corte Constitucional, indicó que el estudio de la pensión concedida

debía materializarse conforme a los lineamientos previstos en el auto 568 de 2016, lo cual no era otra cosa que como la prestación que se concedió se dio en el marco del RAIS, el Juez de primera instancia a cargo de este cumplimiento debería velar porque el reconocimiento por parte de la AFP Porvenir se efectuara en los términos legales aplicables al respectivo régimen en su integridad, teniendo en cuenta la totalidad de los aportes realizados por la demandante, incluyendo el bono pensional a que tenía derecho, bajo las normas exclusivas y excluyentes del aludido régimen como en efecto lo había efectuado y cumplido a cabalidad.

Respecto a las pretensiones subsidiarias indicó que los funcionarios de la AFP, eran permanentemente capacitados en los temas pensionales en la medida en que se fueran presentando cambios en la normatividad vigente, así como en las novedades que surgieran en materia pensional, por lo que en cada una de las asesorías que realizaban, siempre suministran toda la información completa y necesaria para que sus clientes, conocieran los productos y servicios ofrecidos, brindando a la demandante una asesoría integral respecto a todas las implicaciones de su decisión y que además la actora tampoco ejerció el derecho de retracto en las diferentes oportunidades que le brindó la ley.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de junio de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, realizado por la señora MARITZA RAMÍREZ RIBERO a través de la PORVENIR S.A. Ordenar a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que traslade a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Se dispone que al momento de resolver cualquier solicitud de derecho pensional Colpensiones tendrá en cuenta que la demandante es beneficiaria del régimen de transición.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda declarando parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de las pretensiones principales.

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. Inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de la decisión, el juzgado en síntesis, al analizar las pretensiones principales argumentó que aunque la Corte Constitucional indicó que la pensión especial de vejez por hijo discapacitado se aplicaba en ambos regímenes pensionales, se desconocía la forma de liquidar en el RAIS, y que eso llevaría a la descapitalización de la cuenta, agregando que el día que el hijo faltare el afiliado tendría que reincorporarse a la vida laboral, y que pese a esa realidad se expide la sentencia T-554 de 2015, mediante la cual se ordenó el reconocimiento de la prestación a la actora advirtiéndole que ante la falta de elementos para liquidar la prestación Porvenir efectuó el reconocimiento sobre 1 SMMLV.

No obstante, se alude que no es posible concluir que la actora tuviera la condición de pensionada, porque no se daban los requisitos legales para acceder a esa prestación, ya que la actora estaba trabajando y seguía capitalizando su cuenta, de manera que su derecho estaba suspendido desde el día del reconocimiento, siendo que para ser beneficiario de tal pensión no podía existir reincorporación laboral, razón por la cual tampoco se trataba de un derecho adquirido y en esa medida no era posible aplicar el precedente de la C.S.J., S.C.L., sobre pensionados (SL373-2021), precisando que la solicitud de reliquidación de la pensión iría en contravía de sus propios intereses y de su grupo familiar, siendo que bajo las reglas de la transición le sería mas beneficioso el derecho en tanto contaba con 781 semanas al momento de trasladarse de régimen pensional.

En cuanto a las pretensiones subsidiarias, esto es, la ineficacia y/o nulidad de traslado, recordó que la normativa y jurisprudencia imponía un deber de información cualificado a cargo de las administradoras especialmente considerando la situación de la actora, eso es, que era beneficiaria del régimen de transición, sin que el consentimiento informado se hubiese podido acreditar con las pruebas allegadas y los testimonios recibidos, razón por la cual procedió a declarar la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Colpensiones indicó que en el caso bajo estudio, debía tenerse en cuenta que la actora se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado, por lo que resultaría improcedente tener como afiliada a la demandante especialmente cuando no contaba con 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, adicionalmente señaló que si bien en principio la actora era beneficiaria del régimen de transición ya que contaba con 35 años para el 1° de abril de 1994, no podía pasarse por alto lo expuesto en los incisos 6 y 7 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que no le eran aplicable las previsiones de la sentencia de unificación SU062-2010, que permitía el retorno al RPM en cualquier tiempo. Finalmente, destaca que debe tenerse en cuenta que la actora ya cuenta con su derecho consolidado siendo que ya le había sido reconocida la pensión, de conformidad con el fallo de tutela expedido.

Porvenir S.A., por su parte, alude que el acto de traslado que se realizó por parte de la demandante fue un acto válido voluntario y espontáneo sin que existiera ninguna presión para tomar tal decisión, existiendo además muchas oportunidades en las que la actora y los demás afiliados fueron invitados a retornar al RPM mediante comunicaciones masivas, contenidas a título de ejemplo en las publicaciones en diarios de circulación nacional como el allegado. Adicionalmente expresó que la expectativa pensional de la

actora aún estaba lejana, pues tan solo contaba con 35 años de edad al 1° de abril de 1994, es decir, que aún le faltaban como mínimo 22 años de edad para alcanzar la edad reglamentaria en el RPM y que no era beneficiaria del régimen de transición conforme a lo establecido en la sentencia SU062-2010. También destaca que si se le suministró información sobre el régimen lo cual podía colegirse de la manifestación sobre los beneficiarios de ley y la realización de aportes voluntarios.

V. CONSIDERACIONES

Antes de proceder de conformidad con lo consagrado en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala encuentra lo siguiente:

El tema litigioso que nos ocupa y que pretende ser sometido a consideración de la jurisdicción laboral ya fue fallado por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T 554-2015, la cual de manera definitiva impuso a la AFP PORVENIR S.A. el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hija inválida, tal como se establece en la parte resolutive de la misma, la cual reza lo siguiente:

PRIMERO. - REVOCAR el fallo proferido el 21 de enero de 2015 por el Juzgado Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá D.C., que a su vez, confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la igualdad y a la seguridad social de la señora Maritza Ramírez Ribero, así como a la salud y a la vida digna de su hija, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO. - ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a la señora Maritza Ramírez Ribero, identificada con cédula de ciudadanía N° 63.292.64 de Bucaramanga, Santander, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia.

TERCERO. - PREVENIR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que, en adelante, se abstenga de negar la pensión especial de vejez, dispuesta en el inciso segundo del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para quienes se encuentran afiliados al Régimen de Ahorro Individual.

CUARTO. - Por Secretaría General librense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Adicionalmente el apoderado de la actora reseña no solo el hecho del reconocimiento de la pensión especial de vejez – mediante la Sentencia T 554-2015 - sino todas las actuaciones surtidas ante el juez de cumplimiento de la misma, a través de la figura del incidente de desacato y en obediencia a lo dispuesto mediante Auto AC- 568-2016 en el que, para lo que interesa al proceso, se dispuso lo siguiente:

.....
Esto quiere decir, que el Juez Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., deberá determinar no solamente el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a la señora Maritza Ramírez Ribero, sino que la cuantía de misma se establezca con base en las disposiciones legales que correspondan, con el propósito de proteger de manera integral los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital.

IV. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, en uso de sus atribuciones constitucionales y legales

RESUELVE

Primero. - NO ASUMIR el cumplimiento de la Sentencia T-554 de 2015 incoada por la ciudadana Maritza Ramírez Ribero, por las razones expuestas en la parte considerativa.

Segundo. - A través de la Secretaría General de esta Corporación, REMITIR al Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., la solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-554 de 2015, para lo de su competencia.

Tercero. - ADVERTIR al Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., que el estudio de la solicitud de cumplimiento de la Sentencia T-554 de 2015, presentada por la señora Maritza Ramírez Ribero, deberá materializarse conforme a los lineamientos previstos en el presente auto.

Cuarto. - ORDENAR al Juzgado Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., que una vez fallada la presente solicitud de cumplimiento, deberá remitir copia de dicha providencia a esta Corporación.

Quinto. Por medio de la Secretaría General de esta Corte, INFORMAR al solicitante del trámite otorgado a su requerimiento.

Como colofón de lo expuesto se revocará la sentencia emitida por el juez de primera instancia, por las razones que se exponen a continuación:

El tema sometido a consideración de la jurisdicción laboral y que constituye la materia de las pretensiones del presente proceso, ya fue definido por la Corte Constitucional a través de la Sentencia T 554-2015, la cual de manera definitiva impuso a la AFP PORVENIR S.A. el reconocimiento de la pensión especial de vejez aquí pretendida, tal como quedo consignado.

La Corte Constitucional definió quien era el juez competente para vigilar el cumplimiento de la sentencia de tutela, incluido el monto de la prestación, indicando que corresponde al Juez Catorce Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C.

Las materias de las pretensiones están afectadas por la cosa juzgada, por cumplirse los presupuestos consignados por

la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral contenidos en la sentencia con radicación 39366 del 23 de octubre de 2012, en la que se señaló:

«La cosa juzgada es una institución que por perseguir los objetos de certeza y seguridad jurídica anunciados, así como puede ser alegada por la parte interesada desde el mismo umbral del proceso a través de las llamadas excepciones previas que por sabido se tiene tienden a impedir el adelantamiento irregular del proceso, también puede ser declarada oficiosamente, aún en la segunda instancia, pues el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil --artículo 282 del nuevo Código General del Proceso-- , aplicable a los procesos del trabajo por la remisión de que trata el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que concede al juzgador dicha posibilidad, salvo las consabidas restricciones respecto de la nulidad, la compensación y la prescripción, las cuales deben ser siempre alegadas, no puede entenderse derogado por la vigencia del artículo 66 A del código procedimental últimamente citado. Por manera que, en cuanto a dicha alegación no asiste razón alguna a los recurrentes, dado que, como se ha asentado, la cosa juzgada interesa al orden público y, por tanto, bien pueden los jueces de segundo grado declararla, aún, de oficio.»

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral, estableció que la situación de los pensionados constituye un estatus jurídico consolidado que no se puede revertir e impide la ineficacia del traslado, por lo que resulta pertinente traer a colación apartes del pronunciamiento realizado por la C.S.J., S.C.L., en la SL-373 de 2021, en la que se señaló:

“(...)

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

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

Las razones expuestas avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento, como en este caso que el asunto en sede de revisión llegó hasta la Corte

Constitucional² y fue bajo su instrucción que se ordenó el reconocimiento de la pensión especial de vejez a la señora Maritza Ramírez Ribero, determinado incluso el juez competente para determinar su monto en cumplimiento del fallo de tutela.

Bajo las anteriores premisas fácticas, legales y jurisprudenciales se procederá a revocar la sentencia expedida por el a quo, y se absolverá a las demandadas de las condenas impuestas en su contra en la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de junio de 2021, para en su lugar absolver a Porvenir S.A. y a Colpensiones de las condenas que les fueron impuestas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

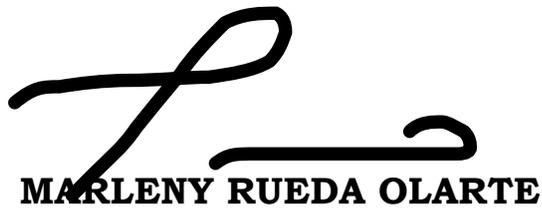
² Sentencia T 554/15.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ADRIANA COVELLI SOTO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 005 2021 00221 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de agosto de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia

declaró la ineficacia del traslado al RAIS con Porvenir S.A. y le ordenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones el valor de las cotizaciones, junto con los rendimientos, frutos e intereses.

En esta instancia se allegaron alegatos por Provenir S.A., en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración y cualquier otro que se hubiere generado, así mismo reclama el pago de las costas y agencias en derecho y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió a Colpensiones en el 1° de julio de 1992; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 16 de agosto de 2000 y con posterioridad a Protección S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le contaba los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia, así mismo indicó que de las pruebas allegadas no era posible advertir vicio del consentimiento alguno frente a la afiliación que pudiera invalidar la misma, sin embargo, alude que lo que se podía evidenciar era la negligencia de la demandante con respecto a su situación pensional y que debía tenerse en cuenta que la actora se encontraba inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la afp ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, señalando que no eran ciertos algunos hechos y que no le constaban los demás. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el traslado era producto de una

decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, además que tampoco era procedente declarar la ineficacia de que trataba el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que no se alegaban ni se acreditaban situaciones dolosas respecto de la afiliación de la parte actora y en todo caso le aplicaba la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que la afiliación de la demandante al RAIS administrado por Protección S.A era totalmente válida y eficaz, tampoco existió vicio del consentimiento en la afiliación a Protección que conllevara a la nulidad, ni ninguna causal de ineficacia, precisando que los aportes y sus rendimientos se encontraban acreditados en la cuenta de ahorro individual a nombre de la demandante, los cuales harían parte del capital para financiar la pensión en el RAIS siendo que la actora se encontraba válidamente afiliada y en la limitante del art. 2 de la Ley 797 de 2003. En cuanto a los gastos de administración, indicó que la deducción se realizó como consecuencia de una disposición legal y se trataba de comisiones ya pegadas y causadas.

Propuso las excepciones de: Inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, Inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de agosto de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora ADRIANA COVELLI SOTO, a través de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses; y a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS únicamente a cargo de PROTECCIÓN S.A. inclúyanse como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual había resuelto varios problemas jurídicos, tales como que la excepción de prescripción no era procedente en este tipo de procesos, que la carga de la prueba correspondía a las administradoras respecto al cumplimiento amplio del deber de

información al afiliado, que los formularios de afiliación no eran prueba del consentimiento informado, que para ser beneficiario no se requiere que la persona presente alguna situación particular y que en estos casos las administradoras le apostaban un interrogatorio de parte para obtener una confesión no obstante tal presupuesto tampoco se encontró acreditado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones, presentó recurso de apelación contra la decisión, solicitando la revocatoria de la decisión sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, que debía tenerse en cuenta que la demandante realizó cotizaciones en el RAIS por mas de 20 años y si bien el fondo no cumplió con la previsión legal a los 47 años de edad de la actora, tampoco podía pasarse por alto que esta se encontraba en el deber de verificar cuál era su estado pensional y cuál era la mejor forma o régimen que le serviría para acceder a una mejor pensión, además que también mencionó que se evidenciaron unos traslados horizontales, frente a los cuales a pesar que indicó en el interrogatorio de parte no tener conocimiento, lo cierto era que debía validar la información de sus cotizaciones, razones por las cuales solicita la revocatoria de la decisión.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen

pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el

régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los

documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., el 16 de agosto de 2000 y certificado de afiliación a la AFP Protección S.A. el 2 de julio de 2002.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones y de traslado horizontal, estos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Como se observa, de acuerdo con el precedente citado se tiene que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, razón por la cual se adicionará la sentencia apelada en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a cada fondo, en la medida que en este caso se surte consulta a favor de Colpensiones.

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó al demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de agosto de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a cada fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GILBERTOACOSTA GUTIERREZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 009 2019 00881 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las partes demandadas Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de julio de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., manifestó que ninguno de los presupuestos legales se alegó ni menos resultaron demostrados en el proceso, en virtud de que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General del Proceso y el Parágrafo del artículo 54A del CPT; precisó que la selección fue libre, espontanea y sin presiones.

I. ANTECEDENTES

El señor Gilberto Acosta Gutiérrez, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado de todos los aportes que registra en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos e intereses causados a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 de enero de 1961; que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales desde el 15 de marzo 1982 al 2 de febrero de 1997; que el 27 de marzo de 1998 se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 48, 53 y 335 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, los artículos 3, 9 y 10 de la Ley 1328 de 2009, los artículos 1 y 2 de la Ley 1748 de 2014, los artículos 6, 10, 25, 74 de la Ley 2158 de 1948, el Decreto 656 de 1994 y las sentencias de las Cortes Suprema de Justicia 68852 de 2019, 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que desconocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no obstante, si el demandante decidió que sus aportes pensionales estuvieran administrados en el RAIS se debió a la información suministrada. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de responsabilidad de la AFP, responsabilidad Sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindó

información a la parte actora de manera, clara, precisa, veraz y suficiente con las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características y condiciones del RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de julio de 2022, el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Gilberto Acosta Gutiérrez, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 27 de marzo de 1998 con fecha de efectividad desde el 1.º mayo de 1999, a través de la AFP Porvenir S.A., por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, Condenar a el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir s.a., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, y que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración dineros que deberán ser trasladados de forma indexada con cargo a sus propios recursos discriminando los respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC registrados, aportes pagados conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir de Porvenir SA., y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anterior, para efectos de reactivar válidamente la afiliación del demandante, y proceder en seguida, a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de Gilberto Acosta Gutiérrez, con la respectiva imputación de pagos.

CUARTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuestas por las demandadas teniendo en cuenta las resultas del proceso.

SEXTO: Costas a cargo de Porvenir S.A y a favor del demandante y para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

SEPTIMO: De no ser apelada se concederá el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que son la administradoras las que tienen el deber de garantizar cuando es un traslado de régimen pensional

que el afiliado estuvo frente a una decisión informada, verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable al punto que hubiese podido identificar los riesgos que implicaba dicho acto y a su vez los beneficios que obtendría.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación al considerar que no es dable el retorno del demandante al RPM, en virtud de que se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, en donde se indicó que no se podrá trasladar una persona cuando le faltaren 10 años para cumplir la edad requerida; asimismo quien debió demostrar que existió una falta de información es al demandante esto de conformidad al artículo 167 del Código General del Proceso; precisó que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria frente a dicho traslado, haciendo uso de la libre escogencia del régimen pensional, por lo que existe un error de derecho que no vicia el consentimiento, en virtud de que las características de cada régimen se encontraban en la Ley 100 de 1993; por otro lado, refirió que dicha declaratoria iría en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema.

La apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de instancia, al considerar que con la declaratoria de ineficacia se afectan principios fundamentales del derecho, como lo son la confianza legítima, la sostenibilidad financiera, confianza legítima que s desconocida teniendo en cuenta que el actor suscribió formulario de afiliación en el año 1998, así como también la actuaciones que llevaron a demostrar de manera inequívoca que quería permanece al RAIS; precisó que el demandante en su calidad de consumidor financiero tenía el deber de conocer la normatividad que lo estaba regulando, sin que se pueda aducir una falta de responsabilidad por el mero hecho de desconocer la normatividad; por otro lado refirió que en caso de que se confirme la decisión se revoque la condena de trasladar los gastos de administración al señalar que dichos dineros también se generan en el RPM de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, pues dichos gastos no solamente corroboran la administración sino a su vez también se presenta la cobertura de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, los

cuales ya fueron causados, siendo obligaciones de tracto sucesivo imposibles de ser devueltas y por ende sujetas a la figura de la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 27 de marzo de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo

frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

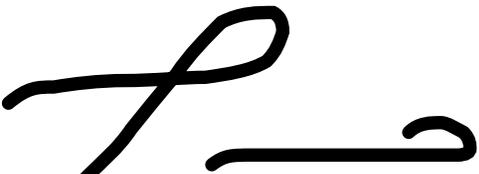
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de julio de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [unclear]'. The signature is stylized and somewhat illegible.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OSCAR EDUARDO MORA HERNANDEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 012 2021 00200 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de octubre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media

administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

PORVENIR S.A., expone que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con PORVENIR, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

El señor Oscar Eduardo Mora Hernández, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que desde el 1 de agosto de 1995 la parte actora estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el ISS, hoy Colpensiones. El 17 de diciembre de 1999, por no recibir información técnica y adecuada suscribió formulario de afiliación a la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías PORVENIR S.A., trasladándose al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política; la Ley 100 de 1993 art 13, 59 y ss.; el artículo 963, 1509, 1603 1746 del C.C.; Decreto 3800 de 2003; Decreto 656 de 1994 art. 14 y 15; sentencias SL expediente No. 31989 de 2008, SL expediente 46292 de 2014, SL 12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante

realizó su traslado de manera libre y voluntaria demostrándose de esa manera que, la AFP Provenir Pensiones Y Cesantías, asesoró en su decisión de trasladarse del régimen de prima media con prestación definida administrado en ese entonces por el Instituto de Seguros Sociales hoy la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de este modo su afiliación es completamente válida. Propuso entre otras las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional del demandante al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; conclusión a la que se arriba, en atención a que, no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento, que dé lugar a concluir que el traslado es nulo. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de octubre de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor OSCAR EDUARDO MORA HERNANDEZ, identificado con C.C. No.19.474.887 del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al ahorro individual con solidaridad administrado por HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 17 de diciembre de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al señor OSCAR EDUARDO MORA HERNANDEZ al régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor OSCAR EDUARDO MORA HERNANDEZ tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor OSCAR EDUARDO MORA HERNANDEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas de acuerdo a lo motivado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y COLPENSIONES a favor del demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia radicado 3383 de 2011, radicado 46292 de 2014, SL 17595 de 2017, SL 1452 de 2019, entre otras, en lo que a información que las AFP deben suministrar a sus afiliados y demás aspectos relacionados con ello, indicó que es su obligación suministrar la información completa para que el afiliado tome la decisión respecto del cambio de régimen e incluso la de ante poner los derechos del trabajador sobre su interés propio de ganar a un afiliado, pues el hecho de firmar un formulario de afiliación no implica per se que el traslado se haya realizado de manera libre, voluntaria e informada, en tanto tal expresión solo se refiere al consentimiento que debe dar la persona para el mismo, lo cual no prueba que la información se haya brindado luego son dichas entidades que tienen la carga de la prueba en demostrar que suministraron la información en los términos suministrados en la jurisprudencia en comento.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación en cuanto a que, si bien es cierto existe un precedente judicial bastante amplio y pacífico respecto del deber de información la misma Corte ha señalado que se deben estudiar las particularidades concretas que rodean el traslado que se reputa como eficaz. El traslado que realizó el demandante con Horizonte en diciembre de 1999 queda acreditado dentro del proceso que se cumplió el deber de información, en virtud del artículo 112 de la Ley 100 de 1993, esto es que Porvenir S.A. no podía retractarse ni retrotraerse de recibir al demandante, una vez satisfecha la asesoría verbal a través de un funcionario comercial de la AFP Horizonte, acto seguido se suscribió un formulario de vinculación en el cual obra en el plenario y no se le da el valor probatorio que le comporta. Ahora bien, respecto de devolver gastos de administración, sumas por seguros previsionales debidamente indexados, teniendo en cuenta que no es procedente condenar a Porvenir S.A. a indexación de estos gastos en tanto se está desbordando los efectos de la ineficacia.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en razón a que lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda el trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado, como así se evidenció en el interrogatorio de parte que se rindió. Se ve afectada la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema, toda vez que, el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia de la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no han sido tenidas en consideración del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarían en un futuro el pago de las pensiones y su reajuste periódico, se pudiesen trasladar de régimen cuando estén próximos al cumplimiento de los requisitos para la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema. Solicita revocar la condena en costas impuesta a Colpensiones, ya que ha actuado de buena fe y en cumplimiento del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular

más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Horizonte S.A, el 17 de diciembre de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NAYIBE DELGADO CASTRO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 015 2021 00089 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de septiembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media

administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

DEMANDANTE, solicita confirmar la sentencias proferida por el Juez 15 Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de septiembre de 2022, quien sustentó su decisión en la ausencia de prueba alguna que condujera a verificar que la AFP Colfondos, hubiese brindado la asesoría e información necesaria completa, eficiente, eficaz cierta y oportuna al realizar el cambio de régimen pensional, ni le advirtió de las implicaciones que conllevaba las pensiones dentro del régimen de prima media con prestación definida y en el régimen de orden individual como solidaridad, como tampoco de la forma de pensiones que tiene el RAIS.

I. ANTECEDENTES

La señora Nayibe Delgado Castro, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1994, en donde cotizó para varias empresas. De manera posterior y ante una campaña de desinformación de la AFP Colfondos S.A., firmó un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, con destino a la AFP Colfondos S.A. siendo efectivo el traslado en abril de 1994.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 130 y 152 de la Constitución Política de Colombia; artículo 21, 36 y 272 de la Ley 100 de 1993 y normas aplicables y concordantes; Decreto 663 de 1993; artículo 10 y 12 del Decreto 720 de 1994; artículo 76 y 77 del Decreto 656 de 1994; Sentencias SL radicación 33083 del 22 de noviembre de 2001, SL 12136 radicado 46292 de 2014, radicado 54814 de 2018, SL 4964 y 4989 de 2018, SLT 1677 de 2019, SL 1452, SL 1689 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación efectuada por la demandante con la AFP en comento fue un acto en el cual Colpensiones no tuvo injerencia alguna, por lo tanto sería inapropiado emitir conceptos favorables o desfavorables en relación con un acto jurídico en el cual la entidad no fue parte, precisándose que esta administradora no ha vulnerado derecho alguno a la accionante, pues la única eventual falta que se le endilga es no haber aceptado la solicitud de traslado y/o nulidad, pasando por alto que es el juez del trabajo el único competente para determinar la validez y/o eficacia del traslado. Propuso entre otras las excepciones de hecho de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la información brindada por Colfondos lo fue de manera suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, se informó a la demandante al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez la misma fuera solicitada ante la AFP Colfondos S.A. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, 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, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de septiembre de 2022, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora NAYIBE DELGADO CASTRO del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP COLFONDOS el día 28 de abril del

año 1994 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a COLFONDOS traslade los recursos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual, correspondiente a aportes y rendimientos a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que tuvo la señora NAYIBE en alguna oportunidad, y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR EN COSTAS, ni a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 1942 de 2022 la elección debe ser libre y voluntaria precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas y desventajas de un cambio de régimen. Respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL 1688 de 2019, es la Administradora de Fondos de Pensiones la que tiene el deber de demostrar que cumplió con el deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación parcial con respecto al no traslado de la totalidad de la cotización que en primera instancia no se ordena su traslado. Al respecto, hay que indicar que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada de la ineficacia en sentido estricto, en el caso de los afiliados, los Fondos de Pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto sus rendimientos financieros, esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones. No es posible condenarla a cargas ocasionadas por un traslado desinformado del cual no tuvo injerencia alguna y no recibir la totalidad de los aportes de la afiliada, pero sí en un futuro cercano realizar un reconocimiento pensional sin contar con la totalidad de los recursos para financiarlo. El restablecimiento debe ser pleno o completo y da lugar a reintegrar la totalidad de la cotización, es decir, recursos de la cuenta de ahorro individual, cuentas abonadas al fondo de

garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguro previsionales y gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A, el 28 de abril de 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 12 de septiembre de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LEOPOLDO CAÑÓN JIMENEZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 016 2019 00766 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de mayo de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que al interior del proceso no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que la administradora de fondos privada inicial, hubiese cumplido con su deber y obligación de brindar al demandante información clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen.

COLPENSIONES., manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se

llevo a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

El señor Leopoldo Cañón Jiménez, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Colfondos S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes realizados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 23 de noviembre de 1955; que desde el 20 de abril de 1989 cotizó para la Caja de Previsión Social; que se afilió el 1 de enero de 1996 al Instituto de los Seguros Sociales; que en el mes de 1999 se traslado al RAIS administrado por Porvenir S.A; posteriormente en el año 2003 se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos regímenes le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48,53 y 78 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo; la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 31989 del 2008, 68852 del 2019, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó el demandante se efectuó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para dicha data se pudiera brindar información certera y precisa. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad SUI GENERIS, juicio de proporcionalidad y ponderación,

prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se allano a la prosperidad de las pretensiones que involucren a la AFP, con fundamento en que no tuvo injerencia en el traslado de la demandante del RPM al RAIS, en virtud de que la vinculación del demandante con la entidad se realizó como traslado horizontal entre fondos del RAIS.

La demandada Porvenir S.A, no contestó la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de mayo de 2022, el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por Leopoldo Cañón Jiménez, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 10 de agosto de 1999 con fecha de efectividad desde el 1.º octubre de 1999, a través de la AFP Porvenir S.A., por ende, se tendrá como si dicho traslado nunca hubiera ocurrido.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, Condenar a Colfondos S.A, Pensiones y Cesantías a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, y que se encuentren en la actualidad en su cuenta de ahorro individual tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración.

TERCERO: Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir Sa. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, aquellos valores que se hubieren generado con ocasión de la administración como fondo de pensiones de la demandante en el periodo en el que ella estuvo afiliada a dicha AFP, por el comprendido entre el 10 de agosto de 1999 y el 14 de marzo de 2003, tales como gastos de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses si los hubiere.

CUARTO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recibir tanto de Colfondos S.A, como de Porvenir SA., y sin reparo alguno, todos los emolumentos mencionados en los numerales inmediatamente anteriores, para efectos de reactivar válidamente la afiliación de la demandante, y proceder en seguida, a efectuar los trámites administrativos pertinentes para poder ver reflejados los mencionados valores en la historia laboral de Leopoldo Cañón Jiménez, con la respectiva imputación de pagos.

QUINTO: Declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, y No probados los demás medios exceptivos, teniendo en cuenta las resultas del proceso.

SEXTO: Costas a cargo de Porvenir S.A y Colfondos S.A; agencias en derecho: 1 SMLMV, a cargo de cada una.

SEPTIMO: De no ser apelada se concederá el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que son la administradoras las que tienen el deber de garantizar cuando es un traslado de régimen pensional que el afiliado estuvo frente a una decisión informada, verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable al punto que hubiese podido identificar los riesgos que implicaba dicho acto y a su vez los beneficios que obtendría.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en

las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 14 de marzo de 2002.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de mayo de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA CLARA MARTINEZ LEIVA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

RADICADO: 11001 3105 017 2019 00823 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas y de la llamada en garantía contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el

14 de julio de 2022. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y ordenó a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos, igualmente, ordenó a Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración que en su momento descontó, también ordenó a Mapfre Seguros de Vida S.A. a devolver las primas de Seguros que recibió de parte de Skandia S.A. para que esta última las devolviera a Colpensiones y a Colpensiones a recibir los fondos de Porvenir S.A. y Skandía S.A.

En esta instancia se allegaron alegatos por Porvenir S.A. y Mapfre en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS inicialmente a la AFP Colpatria (1997), luego a Porvenir (2000), posteriormente a la AFP Horizonte (2001) y finalmente a Skandia (2003) y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a Porvenir S.A. y a Skandia S.A., devolver a Colpensiones los aportes pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración y a Colpensiones a recibirla en el RPM como si nunca se hubiera trasladado, así mismo reclama el pago de las costas y agencias en derecho y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 de septiembre de 1953; que se afilió al ISS hoy Colpensiones en

mayo de 1990; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colpatria en 1997 y con posterioridad a otras AFP, sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó el hecho 14 y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la afiliación en el RAIS, fue libre y voluntaria, por lo que no era procedente ordenar el retorno de todos los dineros del demandante al RPM administrado por Colpensiones, máxime que tal pretensión carecía de fundamentos fácticos y legales, sumado a que no se probaron los supuestos fácticos alegados en la demanda y por lo tanto se tiene que la afiliación de la demandante ante el RAIS gozaba de plena validez y era ella quien administraba legalmente sus aportes de pensión.

Propuso las excepciones de: error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y demandante no sirve de excusa, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

Skandia S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó que eran parcialmente ciertos algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no aceptaba los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que el 2 de diciembre de 2003, la actora suscribió formulario de solicitud de vinculación a Skandia S.A. como traslado de la AFP Horizonte hoy Porvenir afiliación que se hizo efectiva el 1° de enero de 2004, la cual se encuentra vigente a la fecha, precisando que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones era libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993, especialmente cuando el traslado provino de una AFP del RAIS, siendo un acto voluntario del ciudadano con el respectivo fondo. Igualmente, resaltó que la comisión de administración retribuía distintas actividades que realizaban las instituciones pensionales por lo que ordenar la devolución de la misma generaba un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Propuso las excepciones de: Skandia no Participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al rais, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas

por la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y genérica.

Mediante auto del 1° de marzo de 2021, notificado por estado del día 2 del mismo mes y año se tuvo por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A. y se aceptó el llamamiento en garantía realizado por Skandia S.A. a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., con la finalidad de obtener la vinculación de la misma al proceso, en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones, entre ellos la demandante, en cuyo caso el contrato de seguro provisional tuvo vigencia entre el 2007 y el 2018, precisando que como Skandia traslado a Mapfre los conceptos dinerarios - primas- para el cubrimiento de los riesgos IVM, Skandia ya no contaba con esos recursos, siendo necesaria la vinculación de esta última en caso de que se condenara a devolver los aportes a Colpensiones, junto con los gastos de administración ya que a dicha aseguradora le correspondería tal cumplimiento, particularmente a la prima pagada por el seguro previsional.

Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, indicando que no intervino en la asesoría para el traslado de régimen pensional, en la medida en que la obligación estaba a cargo exclusivo de la administradora de pensiones que efectuó el traslado de régimen, como primera AFP que intervino en la vinculación al RAIS de la parte actora, advirtiendo que para el año 2004 fecha en que la actora se vinculó a Skandia, no se había

constituido póliza previsional y que solo hasta el presente litigio conoció del incumplimiento del fondo del deber de información en favor de la actora, por tanto, la aseguradora previsional era ajena a cualquier actuación relacionada con el traslado y vinculación al RAIS, dado que el objeto de la póliza era amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, sin que en el clausulado se hubiese acordado o hubiese sido objeto del contrato, las pensiones de vejez, así como las incidencias que ellas generaran. Propuso las excepciones de: inexistencia de obligación, buena fe exenta de culpa que genera prima devengada, prescripción, innominada o genérica.

En cuanto al llamamiento en garantía se opuso al mismo, ya que el traslado con Skandia acaeció con anterioridad al año 2007, por lo cual los actos contrarios a derecho, sin los requisitos establecidos por ley, no podían serle trasladados siendo que recibió de buena fe el pago de la prima, resaltando que se pretende la devolución de primas canceladas a la aseguradora previsional para los periodos bajo cobertura, por hechos en los que no fue participe, no conoció, ni intervino de forma alguna, de suerte que no puede peticionarse la devolución por hechos que datan de 1997, pues desconocía la manera como se desarrolló el acto de traslado y vinculaciones posteriores, motivo por el cual no puede asumir los vicios que la afiliación traía, en esa medida, el fondo bajo título alguno puede pretender el reintegro de las primas, que fueron recibidas por Mapfre de buena fe.

Propuso las excepciones de: improcedencia del llamamiento en garantía, inexistencia de consecuencias al asegurador, improcedencia de devolución de primas por ser plenamente válido el contrato de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes documentado bajo las pólizas 9201407000002, 9201411000000 y 9201411900149, con vigencia entre el 1° de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2018 e inexistencia de obligación legal que impusiera a la aseguradora previsional el asesoramiento en el traslado de régimen pensional.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de julio de 2022, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: *DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, no procedencia de condena en constas a COLPENSIONES, propuestas por ésta entidad, y tampoco prospera la ausencia de configuración de causales de nulidad, ausencia del falta del deber de asesoría e información, e imposibilidad reintegrar gastos de administración y de prescripción, propuesta por SKANDIA S.A., y frente a la llamada en garantía se DECLARA NO PROBADA la improcedencia del llamamiento en garantía, e inexistencia de consecuencias al asegurador; todo lo anterior con fundamento en las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.*

SEGUNDO: *DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora MARÍA CLARA MARTÍNEZ LEIVA identificada con la C.C. 39.686.664, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, administrado en su momento por Colpatria S.A., hoy PORVENIR S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.*

TERCERO: *DECLARAR que la demandante señora MARTÍNEZ LEIVA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según lo analizado en precedencia.*

CUARTO: *ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones SKANDIA S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo del traslado de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, todo lo anterior con sus frutos, rendimientos e intereses, ordenándose a demás devolver los gastos y*

comisiones de administración que en su momento descontó y que deberán ser asumidos de su propio patrimonio.

QUINTO: *CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver también los gastos de administración que en su momento descontó a través de las entidades Horizonte S.A., y Colpatria S.A., los cuales deberán ser asumidos también por PORVENIR S.A., de su propio patrimonio y devueltos a COLPENSIONES, según lo analizado.*

SEXTO: *ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen las entidades administradoras de fondos de pensiones PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A., y convalidarlos en la historia laboral de la demandante para los efectos a que haya lugar en ese régimen pensional.*

SEPTIMO: *CONDENAR a MAPFRE SEGUROS DE VIDA S.A., a devolver las primas de seguros que recibió por parte de SKANDIA S.A., en virtud al seguro previsional celebrado con la AFP, y devolverlos con destino a SKANDIA S.A., para que a su vez ésta entidad los devuelva a COLPENSIONES.*

OCTAVO: *CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas, COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A., por valor de \$900.000 M/Cte.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Porvenir S.A., solicitó la revocatoria de la decisión en tanto que si bien existía un precedente jurisprudencial planteado por la C.S.J., también esa misma corporación había indicado en varios pronunciamientos que tal precedente no se podía aplicar de una manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos en la medida que en el caso bajo estudio, ya que la demandante realizó válidamente su traslado a la administradora de una manera voluntaria sin presiones e informada, además que pudo validar el contenido de la información en las 3 oportunidades en que se afilió a las AFP, cumpliéndose los requisitos de ley para ese entonces. Finalmente, alude que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con el concepto de la superintendencia financiera de Colombia.

Skandia S.A., solicita la revocatoria de la decisión en cuanto a los gastos de administración, por cuanto los mismos tenían una fuente legal debiéndose considerar lo dispuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y en el consejo de la superintendencia financiera del 15 de enero de 2020, de donde se colegía que no existió sustento legal alguno para ordenar la devolución de los gastos de administración.

Colpensiones, solicita la revocatoria de la condena en costas atendiendo a la naturaleza del proceso y que la entidad correspondía a un codemandado, debiéndose considerar además que la oposición a los hechos y pretensiones de la demanda eran de ley, siendo que la actora se encontraba en el límite de edad para realizar el traslado.

Mapfre, solicita la revocatoria de la condena efectuada en su cabeza, por cuanto no se advirtieron las excepciones propuestas, esto era, que la póliza de seguro previsional que se suscribió con mi representada en el año 2007, para el momento en que se iniciaron los traslados de régimen o los traslados horizontales entre administradoras ni siquiera había constituido la póliza previsional entonces aunque el juzgado declaró la ineficacia de la afiliación no se tuvo en consideración que la consecuencia que se indica respecto a lo que sucede cuando se declara la misma es que ese acto nunca ocurrió y por tanto quien debía asumir las consecuencias eran las administradoras de pensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de

reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su

*objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación y traslado a Colpatria, el 28 de octubre de 1997 (fl. 15), formulario de vinculación a Porvenir, el 12 de septiembre de 2000 (fl. 16), formulario de vinculación a Horizonte (fl. 17) y formulario de vinculación a Skandia (fl. 18).

Así las cosas, pese a que obran formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS y posteriormente traslados horizontales, los mismos no resulta suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que alguna de estas administradoras, especialmente la inicial suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de rendimientos y gastos de administración, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter

declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal.

En lo que respecta al cuestionamiento de Mapfre frente a la condena que le fue impuesta *devolución de la prima de seguros*, lo primero que habría que mencionar es que su vinculación al proceso acaeció como llamada en garantía, figura que persigue que cuando se afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, de conformidad con lo expuesto en el artículo 64 del CGP, no obstante, ello no comprende la declaración de existencia o inexistencia de los contratos celebrados entre el llamante y llamado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el llamamiento se funda en el contrato de seguro, el cual a su turno se encuentra definido por las condiciones de la póliza

suscrita entre las partes, verificadas las mismas no se aprecia que dentro de los riesgos asumidos se encuentre el de devolver las primas en caso de ineficacia del traslado del régimen, razón por la cual habrá de revocar el numeral 7 de la decisión, para en su lugar absolver a Mapfre de la condena efectuada relacionada con la devolución de las primas.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 7° de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de julio de 2022, para en su lugar absolver a Mapfre Seguros de Vida S.A. de la condena realizada, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARCELINO BELLO PACHÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. VINCULADA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 018 2019 00306 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.110.497.079 y tarjeta profesional No. 247.584 del Consejo Superior de la Judicatura como

apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte actora y de Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de octubre de 2022. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizando con Porvenir S.A. y posteriormente con ING hoy Protección S.A., ordenando a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros ahorrados en la cuenta individual de la actora, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración, igualmente, ordenó el pago de la pensión de vejez.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones y Porvenir S.A. en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS con Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a la misma a devolver a Colpensiones todos los dineros que recibió del afiliado, así mismo que se le reconociera y pagara la pensión de jubilación

por parte de Colpensiones junto con el retroactivo e intereses causados, a lo que resultare ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 17 de febrero de 1956; que efectuó cotizaciones a la Caja de Previsión Social de Boyacá a partir del 18 de agosto de 1981, luego cotizó en el ISS a partir del 15 de marzo de 1994; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS, el 15 de septiembre de 1999, sin que los asesores de éstos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que las pretensiones de la ineficacia del traslado iban a encaminadas a condenas de una entidad diferente y no se cumplían con los requisitos de la sentencia SU 062 -2010 para poderse trasladar en cualquier tiempo ya que la afiliación estaba con Protección la cual se realizó con los requisitos de ley. Respecto al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, señaló que como la afiliación del actor se encontraba dentro del régimen de ahorro individual con solidaridad quien debía realizar el estudio para el reconocimiento de una posible pensión era la AFP Protección.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que debía tenerse en cuenta el señalamiento realizado por el actor con el formulario de vinculación, que los asesores de la AFP fueron diligentes al brindar información al actor, que no hubo error, fuerza o dolo que viciara el consentimiento del actor ni engaño en su buena fe.

Propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y excepción genérica.

En audiencia realizada el 30 de septiembre de 2020, el juzgado de conocimiento declaró probada la excepción previa propuesta por Colpensiones de no comprende la demanda a todos los litisconsortes necesarios y ordenó integrar al proceso a la AFP Porvenir S.A.

Porvenir S.A., indicó que se oponía a las pretensiones de la demanda por cuanto eran ajenas a esa entidad y sin perjuicio de ello se pretendía desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, siendo que el traslado realizado en el año 1999, acaeció de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, tal y como se apreciaba en la solicitud de vinculación, además que se le garantizó el derecho de retracto y no se alegaban ni acreditaban conductas dolosas.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2022, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de MARCELINO BELLO PACHÓN, identificado con C.C. 3.009.945 al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., suscrita el 15 de septiembre de 1999 con efectividad a partir del 1° de noviembre de 1999 y la afiliación de ING hoy PROTECCIÓN S.A., suscrita el 30 de marzo de 2006, con efectividad a partir del 1 de mayo de 2006, por los motivos expuestos en esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado MARCELINO BELLO PACHON, identificado con C.C. 3.009.945, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, junto con sus rendimientos

financieros y gastos de administración, de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

CUARTO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individual de conformidad con lo ordenado en precedencia.*

QUINTO: *DECLARAR NO probada la excepción de PRESCRIPCIÓN, relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la litis.*

SEXTO: *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a conceder la pensión de vejez, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, a favor del señor MARCELINO BELLO PACHÓN, identificado con C.C. 3.009.945, a partir del 17 de febrero de 2018, o a la fecha en que acredite el demandante su retiro definitivo del Sistema de Seguridad Social, para tal efecto y con el fin de establecer el monto de la mesada pensional la demandada COLPENSIONES, deberá calcula el ingreso base de cotización de acuerdo con lo señalado en precedencia y por trece (13) mesadas pensionales anuales.*

SEPTIMO: *ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante.*

OCTAVO: *CINDENAR en costas a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES señálese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, suma que deberá ser pagada por cada una de las demandadas en favor del demandante.*

NOVENO: *Contra la presente providencia procede el recurso de apelación. Teniendo en cuenta que la sentencia es adversa a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el despacho ordenará que se tramite el grado jurisdiccional de Consulta.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase de las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes, presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La parte actora, solicitó la revocatoria de la decisión en lo que respecta a la negativa del reconocimiento de la pensión de jubilación como quiera que atendiendo a lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y lo previsto en la ley 812 de 2001, al actor si le aplicaba el régimen de transición, especialmente cuando en la decisión se reconoció que era docente y estaba vinculado a un colegio en Boyacá, adicionalmente debía tenerse en cuenta la compatibilidad de la pensión con el salario, por lo que la misma era compatible con la prestación del servicio.

Colpensiones, solicitó la revocatoria de la decisión, en la medida en que debían tenerse en cuenta las particularidades de cada caso teniendo en cuenta que se estaba frente a una persona capaz y con calidades académicas que daban lugar a ser conocedora de la norma de seguridad, que no hubo una omisión de los fondos privados, pues la decisión de permanecer en el RAIS estuvo precedida de información suficiente, además alude que el actor no se encontraba dentro de las situaciones previstas para conservar el régimen de transición, que la carga dinámica de la prueba no podía aplicarse sin ponderación de las partes, sin que el actor fuera una parte débil, que el desconocimiento de la ley no servía de

excusa siendo que permaneció afiliada por más de 10 años en el RAIS y todas las particularidades estaban previstas en el artículo 59 y ss. Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 3105 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes

para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas

las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencian formularios de afiliación realizados por el actor a Porvenir, el 15 de septiembre de 1999, posteriormente, a la AFP Santander hoy Protección S.A., el 30 de marzo de 2006.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones y de traslado horizontal, estos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible

afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Como se observa, de acuerdo con el precedente citado se tiene que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, razón por la cual tanto la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. como la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías

Protección S.A. deben devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones por el tiempo en que el actor estuvo afiliado a cada una de estas, razón por la cual se procederá a adicionar la sentencia en ese sentido ante el grado jurisdiccional de consulta surtido respecto a Colpensiones.

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

En este punto, considera la sala debe precisarse que si bien en el numeral 3 de la sentencia de condenó a Porvenir S.A. a trasladar todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones incluyendo los gastos de administración tal orden recae realmente respecto de Protección S.A., al ser esta la última administradora en la que

estaba afiliado el actor, por lo que se procederá a modificar la decisión en ese sentido.

Finalmente, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por el fallador de primera instancia, bajo los parámetros consagrados en la ley 100 de 1993, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que, además de la desafiliación del sistema es indispensable que tanto los aportes como los recursos del afiliado se encuentren debidamente depositados dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

En consecuencia, se revocará el numeral 6° de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones respecto del reconocimiento de la pensión de vejez efectuado en favor del demandante, por las razones mencionadas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de octubre de 2022, en el entendido que quien debe devolver todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de octubre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que el actor permaneció afiliada a cada fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: REVOCAR el numeral 6° de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de octubre de 2022, para en su lugar absolver a Colpensiones del reconocimiento pensional ordenado a favor del demandante.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MONICA MARGARET BRISSON MENDOZA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 020 2021 00413 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Liseth Dayana Galindo Pescador, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.073.680.314 y tarjeta profesional No. 215.205 del Consejo Superior de la Judicatura como

apoderada de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Provenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado inicialmente con la administradora Protección S.A. y posteriormente en traslado horizontal a Porvenir S.A., ordenando a esta última devolver a Colpensiones los aportes girados por concepto de cotizaciones en pensiones, rendimientos financieros y bonos pensionales.

En esta instancia se allegaron alegatos por Colpensiones y Provenir S.A., en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia y/o nulidad del traslado de régimen que realizó al RAIS inicialmente a la AFP Protección S.A. (1995) y posteriormente a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. (2001) y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara devolver a Colpensiones todos los aportes, intereses, rendimientos,

gastos de administración y demás sumas que fueran descontadas y a Colpensiones a contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS, así como reconocerle y pagarle la pensión de vejez conforme al régimen de transición y subsidiariamente conforme a la Ley 100 de 1993, así mismo reclama el pago de las costas y agencias en derecho y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 22 de febrero de 1958; que se afilió a Cajanal en 1983; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección en agosto de 1995 y con posterioridad a la AFP Horizonte hoy Provenir S.A. en 2011, sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional y que a la fecha cuenta con más de 1611 semanas cotizadas y 62 años de edad, por lo que cumple con los requisitos esenciales para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otro y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que se encontraban frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, siendo que el formulario de vinculación se suscribió en forma libre y espontánea y tampoco podría

indicarse que fue engañada al resultar que en la actualidad el valor de su mesada pensional en el RAIS es inferior a la mesada pensional que obtendría en el RPM, pues para el momento de su traslado, ya que le faltaban varios años de cotización y edad para alcanzar una pensión de vejez, además que el monto de la pensión en el RAIS el legislador la ligó a situaciones económicas o financieras y cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010 y la Resolución 3099 de 2015.

Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, refirió que no le constaban algunos hechos y que no eran ciertos los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que el traslado horizontal a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., se efectuó el 29 de noviembre en el año 2001, producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, además que tampoco era procedente declarar la ineficacia de que trataba el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que no se alegaban ni se acreditaban situaciones dolosas respecto de la afiliación de la parte actora y en todo caso le aplicaba la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Colpensiones, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y negó el 3.22. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que entro del expediente no obraba prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo, indicó que no se evidenciaba dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la actora, al contrario se observaba que las documentales se encontraban sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, además que no se cumplían los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo tanto no procedería el traslado de régimen pensional.

Propuso las excepciones de: errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al

reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de julio de 2022, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MONICA MARGARET BRISSON MENDOZA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES YCESANTIAS PROTECCION S.A., el 10 de agosto de 1995; y su posterior traslado horizontal a HORIZONTE hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 29 de noviembre de 2001., en atención a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MONICA MARGARET BRISSON MENDOZA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: Cumplido lo anterior la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES deberá reconocer y pagar a la demandante MONICA MARGARET BRISSON MENDOZA, la pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición a partir de que se acredite el retiro del sistema, junto con los incrementos y mesadas adicionales legales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas, la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES EICE., a favor de la señora MONICA MARGARET BRISSON MENDOZA. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: ABSOLVER a las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEPTIMO: de ser o no apelada la presente decisión, envíese ante el superior H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema

de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado de lo expuesto en el interrogatorio de parte vertido.

En cuanto a los gastos de administración refirió que no se condenaba a los mismos por cuanto estos eran de causación legal, causándose a favor de las AFP, por el tiempo que administraban los recursos del afiliado y por cuanto el recurso mas representativo de tales gastos era el seguro previsional que protegía al afiliado de los riesgos de IVM, frente a los cuales la actora presentó cobertura durante su afiliación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las partes presentaron recurso de apelación contra la decisión, solicitando la revocatoria de la decisión sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Porvenir S.A., indicó que el deber de información se materializó con suscripción del formulario de afiliación, el cual

no fue tachado de falso y fu suscrito de formula libre y voluntaria y sin presiones, sin que se pudiera considerar como una declaración vacía sino en cumplimiento de un requerimiento legal de la parte actora para obligarse, en donde siempre se garantizó el derecho al retracto conforme se podía advertir de la publicación realizada en el diario el tiempo del 14 de enero de 2004, sin que este se hubiese ejercido por la actora y sin que en todo caso se valorara como negligencia.

Colpensiones, por su parte, indicó que con la decisión expedida se afectaba el principio de la relatividad jurídica ya que dicha entidad era un tercero ajeno en la relación entre la AFP y la demandante, la que producía efectos interpartes, por lo que Colpensiones no podía ser perjudicada ni favorecida, y en especial porque con esa decisión se estaba afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de pensional y que en el evento de mantener la decisión sobre la ineficacia se debían aplicar entre otras las sentencias SL1989 de 2018 y SL 17595 de 2017, en las que se ordenaba reintegrar la totalidad de las cotizaciones incluidos entre otros los gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655**

01, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su

*objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a la AFP Protección S.A. el 10 de agosto de 1995 y a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 29 de noviembre de 2001.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones y de traslado horizontal, estos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En este punto, resulta oportuno mencionar que lo relacionado con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, aunque la demandante estuvo

afiliada a Cajanal, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

“(…)

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 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 dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º - ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente - Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con

prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

(...)

De conformidad con el precedente citado y el marco normativo allí aludido, se tiene que ante la liquidación y supresión de Cajanal, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por los afiliados a los fondos privados en este tipo de asuntos.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido,

los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Como se observa, de acuerdo con el precedente citado se tiene que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, razón por la cual se adicionará la sentencia apelada en el sentido de condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a cada fondo en tanto tal aspecto se reclamó por Colpensiones y en todo caso se surtía la consulta en favor de la misma.

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico

no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por el fallador de primera instancia, bajo los parámetros consagrados en el régimen de transición, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que, además de la desafiliación del sistema es indispensable que tanto los aportes como los recursos de la afiliada se encuentren debidamente depositados dentro del régimen de prima media, a efectos que Colpensiones pueda analizar su situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra el demandante.

En consecuencia, se revocará el numeral 4° de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones respecto del reconocimiento de la pensión de vejez efectuado en favor del demandante, por las razones mencionadas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que la actora permaneció afiliada a cada fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de julio de 2022, para en su lugar absolver a Colpensiones del reconocimiento pensional ordenado a favor del demandante.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR WALTER CIRO CALDERON REVELO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A Y SKANDIA S.A.

RADICADO: 110013105 026 2021 00504 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Skandia y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de octubre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del proceso obran medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia recurrida, al considerar que al actor no se le brindó una asesoría sobre las características de los regímenes acorde con la realidad y al deber de información que estaba en cabeza de los fondos privados.

SKANDIA S.A., solicitó se revoque de forma parcial la sentencia proferida en primera instancia en lo referente a la condena de gastos de administración, en virtud de que no existe sustento legal alguno; así como también no es posible reintegrar dichos conceptos, teniendo en cuenta que fueron utilizadas en la administración de la cuenta de ahorro individual, esto de conformidad con lo indicado por la Superintendencia Financiera.

I. ANTECEDENTES

El señor Walter Ciro Calderón, pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que realizó a Pensionar S.A., hoy Skandia y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Colfondos S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todo el dinero indexado que reposa en la cuenta de ahorro individual, incluyendo aportes, rendimientos financieros, bonos pensionales y comisiones por administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de mayo de 1960; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 4 de septiembre de 1980; que el 1 de julio de 1998 se trasladó a Pensionar S.A hoy Skandia; que el 1 de noviembre de 1999 se traslado a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994, los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política, la sentencia T-800-99 de la Corte Constitucional, Decreto 758 de 1990, Ley 797 de 2003, Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010, Ley 1748 de 2014 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31314 de 2008, 31989 de 2008,33083 de 2011,68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que el demandante al seleccionar el régimen de ahorro individual aceptó todas y cada una de las condiciones propias del RAIS conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen, inexistencia de violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos del proceso no son iguales, lo accesorio sigue la suerte de lo principal, prescripción, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindó al accionante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, diferencias entre el RPM, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación, pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los traslados efectuados por el actor cumple con los presupuestos legales para su existencia ante la vida jurídica de conformidad con el Decreto 663 de 1993 Decreto 692 de 1994 y el Decreto 720 de la misma anualidad. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de octubre de 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante WALTER CIRO CALDERÓN REVELO al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de mayo de 1998, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR al fondo de pensiones SKANDIA para que transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante correspondientes a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Lo anterior, debidamente indexado con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones COLFONDOS y SKANDIA, a razón de un cincuenta por ciento (50%) a cargo de cada uno, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000).”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a los artículos 1741, 1743 y 1750 del Código Civil el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad adquiere firmeza cuando transcurren cuatro años desde su realización por tratarse de una nulidad relativa fundamentarse en un vicio del consentimiento, no obstante la Sala de Casación Laboral mediante sentencia SL 12136 de 2014 concluyó que en este tipo de casos lo que debe realizarse es si el acto jurídico que generó el traslado resulta o no eficaz; es así que en la sentencia en cita, señaló la Corte que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva Administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Skandia interpuso recurso de apelación de forma parcial en lo referente al numeral tercero mediante el cual se impone la carga de trasladar gastos de administración y las primas de los seguros previsionales de manera indexada, al considerar que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia debe generar unos efectos de orden legal y no jurisprudencial, pues se encuentra en el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008, regula de manera concreta los traslado de régimen nada indica que deba devolverse gastos de administración y primas, esto en concordancia con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993; resaltó que por ende son dineros que no cuenta la entidad en especial las primas previsionales dado que dichos rubros fueron cancelados para cubrir las contingencias de invalidez y muerte a través de una aseguradora; solicitó que en caso de que se confirme no se condene a la indexación, en virtud de que se estaría generando doble sanción, así como también que sobre dichos emolumentos recaiga la figura de prescripción con fundamento en que no están destinados al pago de la pensión de vejez y son derechos crediticios.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Pensionar S.A hoy Skandia S.A., el 15 de mayo de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexa de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

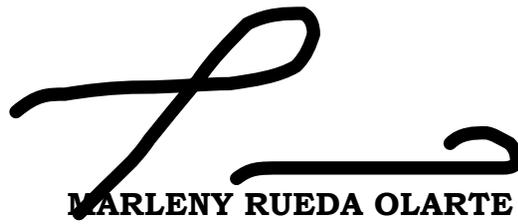
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSEY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAVIER
ANTONIO LARROTA PINILLA CONTRA AUTOGERMANA
S.A.**

RADICADO: 11001 3105 027 2018 00535 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés
(2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Daniel Andrés Paz Erazo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.085.291.127 y tarjeta profesional No. 329.936 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Autogermana S.A. en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de febrero de 2021, en la que se negaron las pretensiones formuladas y se declararon probadas las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de cancelar la indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de la obligación de cancelar la indemnización moratoria y compensación. El recurso de apelación tiene por objeto se conceda la indemnización moratoria e indemnización por despido injusto.

En esta instancia se allegaron alegatos por la demandada, en los cuales solicitó confirmar la decisión, en la medida que canceló de manera completa y oportuna las prestaciones sociales causadas a favor del demandante y que estaba plenamente probado que el demandante con su conducta vulneró sus deberes, obligaciones y prohibiciones en su condición de trabajador, lo que configuró una justa causa para terminar su contrato de trabajo.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, en virtud del cual se desempeñó como asesor comercial, en consecuencia, se

condenara a la demandada a pagar la indemnización por despido injusto, los perjuicios morales y materiales ocasionados con el despido, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones de toda la relación laboral, los valores dejados de pagar por bonificaciones y salarios, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 19 de septiembre de 2016 hasta el día 11 de julio de 2018, cuando fue despedido sin justa causa; que devengaba un salario aproximado entre básico y comisiones variables de \$11.000.000; que no se le cancelaron en debida forma las prestaciones sociales y vacaciones y que no se le habían cancelado bonificaciones por ventas de vehículos por valor de \$12.000.000 y \$3.000.000.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que al actor se le canceló en debida forma el salario en vigencia del contrato por finalización del mismo, el cual estaba constituido por un salario ordinario mensual y por un salario variable compuesto por diferentes comisiones que eran determinadas con base al desempeño comercial y de servicio estipuladas en el documento "*Condiciones Generales de Comercialización de*

Productos y Servicios y/o documento equivalente”, puntualizando además que se pagaron en debida forma las prestaciones sociales y vacaciones del demandante durante la vigencia y a la terminación del contrato.

Igualmente, aludió que la finalización del contrato de trabajo ocurrió el 11 de julio de 2018, por decisión unilateral del empleador amparada en una justa causa comprobada ante el incumplimiento de las políticas internas de la empresa, en las que se establecía la forma en que debían adelantarse los negocios comerciales – conformación de pedido y estilo comercial de Autogermana y las instrucciones impartidas por los representantes del empleador, desconociendo las obligaciones adquiridas e incurriendo en un grave incumplimiento de las mismas y en faltas graves calificadas como justas causas de terminación en el reglamento interno de trabajo y en el C.S.T. tal y como se expuso en la carta de terminación del contrato.

Formuló las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de la obligación de cancelar la indemnización por despido sin justa causa, inexistencia de la obligación de cancelar la indemnización moratoria, buena fe, prescripción y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de febrero de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: *NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor JAVIER ANTONIO LARROTA PINILLA y ABSOLVER de las mismas a AUTOGERMANA SAS conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

SEGUNDO: *DECLARAR PROBADAS las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO POR AUSENCIA DE CAUSA E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE CANCELAR LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE CANCELAR LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y COMPENSACIÓN formuladas por la demandada, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*

TERCERO: *CONDENAR en costas al demandante en la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.*

Como fundamento de su decisión, el Juzgado encontró probado que el salario del actor se componía de un salario básico mensual y un salario variable que dependía de las ventas, volumen de cumplimiento y satisfacción del cliente, así mismo, indicó que verificadas la totalidad de las pruebas documentales allegadas y calculado el promedio salarial devengado por el trabajador durante los años 2016, 2017 y 2018, evidenció que aunque para el año 2016, el empleador no pagó al actor las prestaciones sociales conforme al promedio salarial realmente devengado, pagándole una suma inferior a la que debía recibir también lo era que para los años 2017 y 2018 las prestaciones sociales pagadas al mismo se calcularon en una suma muy superior a la que realmente correspondía, se pagó una suma muy superior a la que correspondía por concepto de vacaciones, de manera que era posible declarar probada la excepción de compensación y no procedía la reliquidación solicitada.

En cuanto a la justa causa de terminación del contrato, se encontró probado que el actor conocía que para la separación de un vehículo de las características del que pretendía

adquirir el cliente, era indispensable que se firmarán todos los documentos dispuestos por la empresa en forma previa a la compraventa, no obstante, ello no se hizo ni al momento de recibir el dinero del cliente ni al momento del separar el vehículo, encontrándose que tal conducta violó en forma grave las obligaciones adquiridas en el reglamento interno de trabajo y en el contrato de trabajo, siendo que no cumplió a cabalidad con los estándares establecidos internamente por la compañía en cuanto a servicio al cliente y políticas internas, además que no podía perderse de vista que en diligencia de descargos el actor reconoció que atendiendo a las condiciones de pedido solo podía esperar 30 días para desistir del negocio ante el incumplimiento del cliente, sin embargo, no lo hizo y el vehículo duró separado 53 días, incluso contrariando la orden de su jefe inmediato que le ordenó desistir del negocio, razones por las cuales son había lugar a la indemnización reclamada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

En cuanto a la indemnización moratoria, alude que debía tenerse en cuenta que en la decisión se indicó que al establecer el salario promedio se advirtió que quedaron valores pendientes de pago, los cuales luego se imputaron con los demás pagos realizados por la demandada, lo cierto era que si quedaron valores por pagar y no se podía manifestar

que hubo compensación toda vez que a partir del año 2016 entraría a generarse la indemnización moratoria por falta de pago, enfatizando que si bien algunos valores fueron liquidados por encima pero también lo es que se dejaron de liquidar y no hay que olvidar que esos valores por pequeños grandes o mínimos que sean están sujetos a este tipo de indemnización.

De otra parte, en lo que respecta a la justa causa se reclama que situaciones como ofender, insultar, tener malos tratamientos o incluso publicar información confidencial del lugar donde labora, en redes sociales o en WhatsApp, pueden generar diferentes tipos de sanciones a la de perder el puesto, precisando que el empleado tenía una obligación de obediencia y fidelidad para con el empleador y este el deber de garantizar protección y seguridad a sus trabajadores, de manera que antes las faltas graves cometidas cuando pudiera existir afectación a la empresa se podría llegar incluso a la terminación del contrato, no obstante en el caso bajo análisis no se advertía que la conducta desplegada se enmarcaba en las causales 2, 3 y 8 del artículo 62 del C.S.T.

Adicionalmente, precisó que no compartía que hubiese deslealtad del actor por no haber hecho la terminación del negocio, debiéndose tener en cuenta que el representante legal indicó, que no había un tiempo límite en que debía cerrarse el negocio en la medida que de haber existido no se entendía porque razón la empresa no lo terminó y permitió que el actor se hubiera tomado los 53 días para ello, ya que con el primer correo que le envió su jefe inmediato se pudieron adoptar

inmediatamente las medidas a que hubiere lugar, con lo que concluye que la empresa avaló ese comportamiento en tanto que todas las directivas estaban enteradas y aun así permitieron por 53 días se mantuviera la situación, por lo que no les tomó de sorpresa que el vehículo hubiese estado apartado y fuera del mercado.

Igualmente resaltó que, atendiendo al concepto emitido por la función pública del 4 de marzo de 2020, documentales como el reglamento interno de trabajo y las otras documentales que se tuvieron en cuenta para fallar, solamente se pueden tener en cuenta cuando le son favorables al trabajador y dado que en este caso eran desfavorables no podían tenerse en cuenta.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por el no pago de salarios o prestaciones y el pago de la indemnización por despido injusto.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente durante el periodo comprendido entre el 19 de septiembre de 2016 hasta el 11 de julio de 2018; ii) que el cargo que desempeñó el demandante correspondió al de asesor

comercial; iii) que el contrato finalizó de manera unilateral por la empleadora y iv) que los valores a reconocer por concepto de prestaciones sociales y vacaciones fueron los definidos por el a quo, siendo que frente a los mismos no hubo inconformidad alguna por las partes.

Así, tenemos que el primero de los reparos está relacionado con la imposibilidad de aplicar la compensación siendo que la indemnización moratoria se causaba a partir del año 2016, para resolver conviene acudir a la norma que regula la indemnización moratoria, esto es, el artículo 65 del C.S.T., que establece:

“ARTICULO 65. INDEMNIZACION POR FALTA DE PAGO.

<Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:>

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

(...)”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, al referirse al tema siempre hace alusión a que se trate de salarios y prestaciones sociales debidas a la terminación del contrato, como se desprende de lo expuesto en la sentencia SL199-2021, en la que se señaló *“(...) pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe (...)”.*

Como se advierte, es un requisito fundamental para la prosperidad de la indemnización moratoria reclamada que a la terminación del contrato se adeuden salarios o prestaciones sociales siendo que la indemnización empieza a correr a partir del día siguiente de la finalización del vínculo laboral, situación que no es la ocurrida en este caso pues a pesar que el a quo determinó que existían una diferencias a pagar por concepto de las prestaciones sociales del año 2016, lo cierto es que para el año 2017 y 2018, se cancelaron las prestaciones de tales anualidades en montos superiores que alcanzaban a subsumir con creces la diferencia generada, por lo que se tendría que al momento de terminar el contrato no se adeudaba suma alguna y por tanto no resulta procedente la indemnización moratoria reclamada.

Por otra parte y en lo que respecta a los reproches a la decisión de primera instancia por haber encontrado procedente la justa causa aducida por la empresa empleadora, se advierte que lo primero que se aduce es que cuando pudiera existir afectación a la empresa se podría llegar incluso a la terminación del contrato, de acuerdo con las causales 2, 3 y 8 del artículo 62 del C.S.T., pero que lo acaecido no se enmarcaba en la mismas.

Ante el anterior argumento, debe recordarse que el fundamento de la decisión se edificó en el incumplimiento desplegado por el actor a las políticas y procedimientos existentes en la compañía respecto de la compra de vehículos, ante la inexistencia de firma de los documentos por el cliente desde el momento de la negociación y por no acatar las

instrucciones impartidas por el empleador, relacionadas con el desistimiento del negocio, de suerte que la afectación endilgada conforme a las causales aducidas por la recurrente no fueron objeto de pronunciamiento.

En lo relacionado con que la demandada hubiere avalado el comportamiento desplegado por el actor, esto es, que las directivas conocieron del asunto en forma previa pero solo hasta el día 53 adoptaron medidas, aun cuando el representante legal indicó que no había un tiempo límite para cerrarse el negocio.

Frente a lo antes mencionado conviene destacar que en el acta de descargos el señor Javier Antonio Larrota, reconoció: que realizó la separación de un vehículo BMWi 2016, para el cliente Germán Cuberos, el 21 de abril de 2018; que era una obligación del asesor comercial tener los documentos de confirmación de pedido firmados por el cliente y pese a ello tales documentos no se encontraban firmados por el cliente; que se tenían 30 días para desistir de un negocio que se ha incumplido por el cliente; que transcurridos los días de separación del vehículo no se desistió del pedido y duro separado 53 días sin autorización de los superiores; que su jefe inmediato dio la orden de desistir del proceso en caso de no facturarse en abril y luego cuando llevaba 53 días le envió otro correo y ahí fue cuando se desistió.

Como se observa, contrario a lo afirmado por la recurrente se concluye que la acción de mantener separado el vehículo por un tiempo superior al establecido, que era conocido por el

actor no fue un acto convalidado por su empleador, pues incluso el mismo trabajador reconoció en la diligencia aludida que en el mismo mes que separó el vehículo su jefe le dio la orden de desistir del pedido si este no iba a facturarse.

Finalmente y en lo que respecta al concepto de la función pública que trae a colación, según el cual el Reglamento Interno de Trabajo y las otras documentales que se tuvieron en cuenta para fallar, solamente se pueden tener en cuenta cuando le son favorables al trabajador, no obstante, no puede pasarse por alto que de acuerdo con lo expuesto en el artículo 104 del C.S.T., el Reglamento interno del Trabajo *“Es el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el empleador y sus trabajadores en la prestación del servicio”*, de suerte que su aplicación no solo se efectúa cuando estas le sean favorables al trabajador.

Adicionalmente, el numeral 1° del artículo 58 *ibídem*, establece que son obligaciones del trabajador *“(...) observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido”*, lo cual también incluye las instrucciones y ordenes establecidas en políticas, manuales y procedimientos, que le sean impuestos al trabajador.

Así las cosas, resulta claro que como tales documentos contemplan las condiciones para la prestación del servicio y las instrucciones o directrices para realizar la labor, es evidente que resulta clara su aplicación así no le sea favorable al trabajador.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores consideraciones, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante.

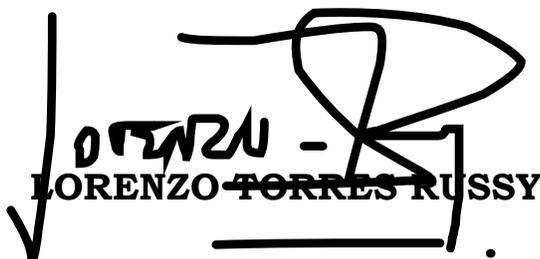
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

**MARLENY RUEDA OLARTE****MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO****AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

**LORENZO TORRES RUSSY**



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR WILSON PEDRAZA ORDOÑEZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCION S.A Y PORVENIS S.A.

RADICADO: 110013105 027 2019 00755 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de octubre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia al considerar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General de Proceso y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES., manifestó que el demandante haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, escogió por su propia voluntad del

régimen al cual quería estar afiliado y en consecuencia la encargada del reconocimiento pensional está a cargo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, desde hace 20 años; precisó que por tal motivo debe absolverse de las pretensiones a Colpensiones que en nada interfirió en la decisión tomada por la parte actora de trasladarse de régimen.

I. ANTECEDENTES

La señora Adriana Acosta Talero, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores aportados en virtud de la vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieran causado.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliado al Instituto de Seguro Social desde el 17 de septiembre de 1982; que se trasladó a Protección S.A., el 14 de agosto de 2002, sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, los artículos 20, 48, 78 de la Constitución Política, los artículos 963 y 1746 del Código Civil, los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio, el Decreto 1049 de 2006, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31989 de 2008, 33803 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que en el año 2003 la parte actora decide de manera libre, informada y espontánea trasladarse a Porvenir S.A., después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la actora se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de un vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia de pago de costas, inexistencia del derecho, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, 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, genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2022, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor WILSON PEDRAZA ORDOÑEZ del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. efectuado el 14 de agosto de 2002 y los que posteriormente efectuó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. el 28 de febrero de 2003 y a SANTANDER hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. el 03 de septiembre de 2003, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor WILSON PEDRAZA

ORDOÑEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor WILSON PEDRAZA ORDOÑEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las sumas provenientes de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada y descapitalización del sistema pensional, formuladas por COLPENSIONES, las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación formuladas por PORVENIR y las de prescripción, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto formuladas por PROTECCION conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a las demandadas PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1'000.000. oo como agencias en derecho a cargo de cada una y a favor del demandante.”

Como fundamento de su decisión, que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se

trasladó al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación al considerar que no comparte el criterio del Despacho, al considerar que la ineficacia de traslado del RPM al RAIS conlleva a consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad de la entidad; porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en concreto, por cuanto el accionante no puede exonerarse del deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional de conformidad con el Decreto 2241 de 2010; resaltó que el principio del interés general debe primar sobre el particular, toda vez que la condena afectara el patrimonio público, en virtud de que se estarían vulnerando principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social en pensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 14 de agosto de 2002.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

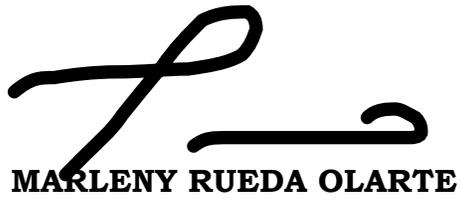
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIRO ROSAS TIBABUZO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 028 2021 00088 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de octubre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que el demandante tiene derecho a que se declare la ineficacia de traslado, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situaciones personal y concreta del actor.

PORVENIR S.A., manifestó que la AFP, siempre garantizó a los potenciales afiliados y vinculados, la protección del derecho de información,

la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y se produjeran efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

I. ANTECEDENTES

El señor Jairo Rosas Tibabuzo, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se retrotraigan las cosas a su estado anterior y por consiguiente se ordene a la Administradora de Pensiones-Colpensiones tener entre a sus afiliados, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

Sustentó sus pretensiones, en que se traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en el año 1996; sin que en la etapa precontractual se le brindara información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno u otro sistema de pensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado números 33083 del 2011, 54814 de 2018, 47125 del 2018, 1452 del 2019, 68838 de 2019, 106180 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con la AFP en el año 1996, se dio de manera libre, espontanea, sin presiones o engaños después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales. Propuso entre otras las excepciones de

prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado efectuado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al RAIS., existiendo de esta manera una ratificación tacita de conformidad al artículo 1754 del C.C. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de afectación, perfeccionamiento de actos de relacionamiento, hecho de la víctima, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de octubre de 2022, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor JAIRO ROSAS TIBABUZO, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de septiembre de 1996, por intermedio de la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en consecuencia declarar como afiliación válida la de régimen de prima media con prestación definida administrada hoy en día por Colpensiones, todo conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por conceptos de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor JAIRO ROSAS TIBABUZO, quien se identifica con la Cedula de Ciudadanía 79.311.260 a Colpensiones.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES para que active la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y procesa a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probado los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las administradoras demandadas. Señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de estas, y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación al considerar que los argumentos esgrimidos en la sentencia de primera instancia no toman en cuenta las reglas aplicables a las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante las cuales son: 1.) las obligaciones legales que le asiste al trabajador de conformidad con el Decreto 2241 de 2010. 2.) la responsabilidad objetiva directamente indilgada a Colpensiones sin que accionara a ninguna de las partes de la responsabilidad al tener en cuenta que el actor y la AFP fueron generadores de dicho riesgo. 3.) para el momento del traslado no se exigía al fondo privado la realización de la asesoría de conformidad con lo expuesto por las sentencias de las Corte Suprema de Justicia; precisó que no se han vulnerado derechos pensionales al demandante toda vez que el RAIS tiene beneficios distintos al RPM.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por

considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le

perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 30 de julio de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AMPARO LILIANA GOMEZ LOZANO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL –SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 029 2020 00379 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de septiembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, argumenta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media

administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al Régimen de Ahorro Individual.

PORVENIR, argumenta que siempre le garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

I. ANTECEDENTES

La señora Amparo Liliana Gómez Lozano, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Skandia S.A, Colfondos., Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones., todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones , bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 10 de julio de 1963, que se afilió al Régimen de Prima Media con prestación definida el 30 de julio 1987; que para el año 2000 se trasladó a Skandia S.A.; posteriormente se trasladó el 22 de agosto de 2003 a Colfondos S.A y finalmente Porvenir S.A., el 28 de febrero de 2006 y el 24 de febrero de 2014; sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral con radicados SL 1452 de 2019, 12136 de 2014, 31989 de 2008, 313114 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la accionante acepto todas y cada una de las condiciones propias del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, precisó que la asesoría al momento de la vinculación se realizó de conformidad con cada una de las condiciones propias de dicho régimen. Propuso entre otras las excepciones de cobro de lo no debido, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de la violación, ausencia de falta al deber de asesoría, prescripción, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con Porvenir S.A. en el año 2006, fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación -documento público N° 11448169 en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, excepción genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los traslados efectuados por la demandante tienen plena validez, en virtud de que quedó demostrado con los traslados horizontales que conoció de las alternativas que se ofrecían para decidir tomar la decisión de realizar los mismos. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena de costas, declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindó a

la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el RAIS. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de septiembre de 2022, el Juzgado Laboral Veintinueve de Oralidad del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen pensional que hiciere la señora AMPARO LILIANA GÓMEZ LOZANO identificada con la cédula de ciudadanía. No. 51.691.793 a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Solicitada el 06 de marzo de 2000 con fecha de efectividad 01 de mayo de 2020, por los motivos expuestos en esta providencia. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora AMPARO LILIANA GÓMEZ LOZANO por concepto de cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinados a financiar la garantía de pensión mínima; para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, por concepto cotizaciones, rendimientos y sumas de dinero destinados a financiar la garantía de pensión mínima; que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENAS en costas.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas: SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SEXTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS..”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que de conformidad con el amplio desarrollo jurisprudencial desde el año 2008 y ha sido la Corte

Suprema de Justicia quien ha fijado las reglas que se deben tener en cuenta al momento de estudiar los procesos de esta índole, indicando que, desde la misma expedición de la Ley 100 de 1993 existía el deber de información, que además el Juez debe ubicarse en el momento histórico en el cual se da el traslado para determinar cuáles eran las obligaciones tenían los Fondos en ese momento. Se debe demostrar en juicio, por parte del Fondo de Pensiones al cual se trasladó el demandante, que en efecto cumplió con la obligación de información. La simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado. Lo anterior conforme a la sentencia SL 5687 de 2021, la cual ratifica lo dicho en sentencias anteriores.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en la parte correspondiente a la orden de reintegro de recursos al Régimen de Prima Media, en el sentido que frente a la declaratoria de ineficacia de traslado se deben trasladar todos los recursos incluyendo lo correspondiente a gastos de administración y seguros previsionales.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Skandia S.A, el 6 de marzo del 2000.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante,

adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., Colfondos S.A., y Skandia S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de septiembre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Porvenir S.A., Colfondos S.A y Skandia S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el demandante en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR VIANNEY HERNANDEZ CUBILLOS contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A, PORVENIS S.A Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 110013105 030 2020 00191 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de octubre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia al considerar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 del Código General de Proceso y el parágrafo del artículo 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso el demandante se encuentra en el Régimen de Ahorro individual desde su traslado en 1995 y

las cotizaciones realizadas desde ese año hasta la actualidad dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos afectando el ciclo piramidal.

I. ANTECEDENTES

La señora Vianney Hernández Cubillos, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Colpatria hoy Porvenir S.A. y posteriormente a Colfondos y Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimiento causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 19 de julio de 1962; que realizó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales desde el 28 de febrero de 1986 hasta el 28 de marzo de 1995; que se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 14 de marzo de 1995; que el 12 de enero de 1996 se trasladó a Colfondos S.A; posteriormente a Protección S.A., el 23 de noviembre de 2000 y posteriormente el 26 de julio de 2001 se traslado a Porvenir S.A; sin que los asesores de dichos fondos le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 271,272 de la Ley 100 de 1993; el Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el Decreto 720 de 1994, la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado 31989 y 31314 de 2011, 54814 de 2018, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, señaló que después de haber sido asesora sobre las implicaciones de la decisión, sobre el

funcionamiento del RAIS y de indica sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación N°005027, documento público en el que se observa la declaración escrita de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante a la AFP se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado al RAIS se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en virtud de que la actora prefirió trasladarse al RAIS, existiendo una ratificación tácita de conformidad al artículo 1754 del Código Civil al trasladarse a otra AFP. Propuso entre otras las excepciones de perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, perfeccionamiento actos de relacionamiento, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, 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, genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado efectuado por la demandante VIANNEY HERNÁNDEZ CUBILLOS, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 28.561.439 cuando suscribió el formulario de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 14 de marzo de 1995, a COLFONDOS S.A. el 12 de enero de 1996, a PENSIONES SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. el 23 de noviembre de 2000 y luego nuevamente en la AFP PORVENIR S.A. el 26 de julio de 2001 y en consecuencia se declara que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente COLPENSIONES.

SEGUNDO: SE ORDENA a la AFP PORVENIR S.A., entidad que actúa a través de su representante legal o por quien haga sus veces que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de ésta decisión, PROCEDA A TRASLADAR la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen (cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; por las razones que quedaron anotadas en las consideraciones orales que el Despacho elaboró.

TERCERO: SE ORDENA igualmente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a recibir la totalidad de los aportes que posee la actora y que provienen de las AFP PORVENIR S.A. junto con los rendimientos financieros; así mismo ha de reactivar la afiliación de esta al RPMPD, convalidar dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la actora, con las cuales se le pueda garantizar el derecho pensional.

CUARTO: En cuanto a las EXCEPCIONES propuestas por las codemandadas las mismas implícitamente fueron resueltas, no prosperando ninguna de las formuladas.

QUINTO: SE CONDENA en COSTAS a las AFP PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a TRES SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a cargo de cada una de estas codemandadas y a favor de la demandante.

SEXTO: SE ABSUELVE a COLPENSIONES de pagar las costas procesales como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Como el sentido de la decisión adoptada en esta instancia fue adverso a los intereses de la entidad pública, COLPENSIONES, si la misma no es apelada, se ordena enviar el proceso al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL en el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, para lo cual se dispone que sea remitido el expediente DIGITALIZADO con los medios de grabación respectivos, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del C.P.L. y S.S. y la Ley 2213 de 2022.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en este tipo de actos lo que se debe analizar es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta o no ineficaz, en el cual precisó que el deber de información surgió desde el inicio de la creación del RAIS y la carga de la prueba obra a favor del afiliado; sumado a ello, estableció que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, puesto que debe estar debidamente probado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó se modifique la sentencia de primera instancia y en su lugar se condene a la AFP Porvenir a tratar a la afiliada conforme las reglas del RPM si se confirma la falta de información en la que incurrieron con la actora, en virtud del daño que se genera a la entidad en los procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional pues se ve obligada a aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional, siendo condenada por un hecho que no cometió, siendo que hay otras formas de restablecer el derecho de la actora sin que se afecte a Colpensiones. manifestó que en el presente caso el demandante se encuentra en el Régimen de Ahorro individual desde su traslado en 1995 y las cotizaciones realizadas desde ese año hasta la actualidad dejaron de ser utilizadas por Colpensiones para cubrir las pensiones de las personas mayores que han cumplido sus requisitos afectando el ciclo piramidal.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de

2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 14 de marzo de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e

intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la sentencia apelada en el sentido de condenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones Colfondos S.A., y Protección S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció en dicho fondo, en la medida en que la consulta se surte a favor de dicha entidad.

Sin costas en esta instancia.

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de octubre de 2022, en el sentido de **CONDENAR** a Colfondos S.A y Protección S.A., a devolver los gastos de administración a ordenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el demandante en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES HUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YANNETHE LILYANA ZAPATA GONGORA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 030 2020 00298 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de septiembre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que el Juez primigenio cumplió con su deber de verificar si las AFP le brindaron a la demandante la información necesaria y objetiva sobre las características riesgos y consecuencias del traslado, encontrándose que no estaba acreditado por parte de las APF demandante el cumplimiento de su deber de información, el cual es exigible desde su creación de conformidad con la jurisprudencia.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente asunto no se demuestra que la demandante haya sido engañada al tomar una decisión desfavorable

a sus intereses, mas aun, cuando permaneció en el Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, sin manifestar ninguna informalidad respecto al desempeño y administración, afianzando su derechos de estar en el Régimen; solicitó que en caso de que se confirme la sentencia, se garantice el traslado efectivo de la totalidad de valores consignados en la cuenta de ahorro individual, así como los dineros destinados a seguros previsionales, gastos de administración , rendimientos, fondo de garantía de pensión mínima y fondo de solidaridad pensional.

PORVENIR S.A., solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional; precisó que el traslado efectuado por la demandante se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La señora Jannethe Lilyana Zapata Góngora, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, el valor total de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 15 de marzo de 1968; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 23 de marzo de 1994 hasta el 30 de septiembre de 2002; que se traslado a Protección S.A., el 1 de diciembre de 2002 y posteriormente el 10 de noviembre de 2003 a Porvenir S.A., sin que en ningún momento se le informara sobre los efectos jurídicos que acarearía la decisión de traslado al RAIS para su futuro pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 13, 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 36 y 271 de la Ley 100 de 1993, el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero- Decreto 663 de 1993, el artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo

1603 del Código Civil , el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado números 68852 del 2019, 46292 de 2014 y 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambio de AFP lo que significa que existe una ratificación tácita de que trata el artículo 1754 del Código Civil. Propuso entre otras las excepciones de perfeccionamiento actos de relacionamiento, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se esta frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua y la genérica.

Mediante auto del 5 de noviembre de 2022., el Juzgado de conocimiento dispuso dar por no contestada en tiempo la demanda por parte de Porvenir S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de septiembre de 2022, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado efectuada por la demandante JANNETHE LILYANA ZAPATA GÓNGORA, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 51.903.886 cuando suscribió el

documento de afiliación o traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. y luego en la AFP PORVENIR S.A. y en consecuencia se declara que estuvo válidamente afiliada y sin solución de continuidad en el RPMPD que administra actualmente COLPENSIONES.

SEGUNDO: SE ORDENA a la AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., entidades que actúan a través de sus representantes legales o por quienes hagan sus veces que en un término no mayor a 30 días, luego de la ejecutoria de ésta decisión, PROCEDAN A TRASLADAR la totalidad de los aportes que posee la demandante en su cuenta de ahorro individual, así como todos los dineros recibidos con ocasión de su permanencia en dicho régimen (cotizaciones obligatorias y voluntarias, bono pensional, rendimientos financieros, pagos de los aportes a los seguros previsionales, gastos y comisiones de administración y aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima) a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; por las razones que quedaron anotadas en las consideraciones orales que el Despacho elaboró.

TERCERO: SE ORDENA igualmente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, representada legalmente por el señor JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces, a recibir la totalidad de los aportes que posee la actora y que provienen de las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. junto con los rendimientos financieros; así mismo ha de reactivar la afiliación de esta al RPMPD, convalidar dichos aportes en semanas que se vean reflejadas en la historia laboral de la actora, con las cuales se le pueda garantizar el derecho pensional a la demandante”

CUARTO: En cuanto a las EXCEPCIONES propuestas por las codemandadas las mismas implícitamente fueron resueltas, no prosperando ninguna de las formuladas.

QUINTO: SE CONDENAN en COSTAS a las AFP PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A. y se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a TRES SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES a cargo de cada una de estas codemandadas y a favor de la demandante.

SEXTO: SE ABSUELVE a COLPENSIONES de pagar las costas procesales como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO: Como el sentido de la decisión adoptada en esta instancia fue adverso a las pretensiones de la entidad pública, COLPENSIONES, si la misma no es apelada, se ordena enviar el proceso al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL en el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, para lo cual se dispone que sea remitido el expediente DIGITALIZADO con los medios de grabación respectivos, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 69 del C.P.L. y S.S. y la Ley 2213 de 2022.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en este tipo de actos lo que se debe analizar es si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta o no ineficaz, en el cual precisó que el deber de información surgió desde el inicio de la creación del RAIS y la carga de la prueba obra a favor del afiliado; sumado a ello, estableció que el simple consentimiento vertido en el

formulario de afiliación es insuficiente, puesto que debe estar debidamente probado.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 17 de octubre de 2002.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de septiembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ADRIANA ACOSTA TALERO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 033 2021 00460 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de octubre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que contrario a lo expuesto por el recurrente y conforme a los señalado por la Corte Suprema de Justicia, el simple lleno y la firma del formulario de afiliación no es suficiente para evidenciar el cumplimiento al deber de información por parte de las Administradora de Fondos de Pensiones, ya que independientemente de ello, tienen el deber de brindar de forma clara y suficiente la información referente a las consecuencias del cambio de régimen pensional.

COLPENSIONES., manifestó que, al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para el año 1994, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época Ley 100 de 1993, era que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en el presente asunto se dio a plenitud, según se deriva del formulario de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La señora Adriana Acosta Talero, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, los rendimientos que se hubieran causado y por consiguiente ordenar a Colpensiones reconocer y pagar la pensión y el retroactivo conforme a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 11 de junio de 1966; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 24 de noviembre de 1986; que el 30 de septiembre de 1994, suscribió formulario de afiliación al Fondo de Pensión administrado por Colmena hoy Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13, 36, 97, 141, 288 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1510 del Código Civil, el Decreto 656 de 1994, los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, el Decreto 758 de 1990, los artículos 1740,1741,1746 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado N°33083 de 2011, 46292 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda y reforma de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la actora se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de un vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia de pago de costas, inexistencia del derecho, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica.

Mediante auto del 18 de julio de 2022., el Juzgado de conocimiento dispuso dar por no contestada en tiempo la demanda ni la reforma de la demanda por parte de Protección S.A.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada por la señora ADRIANA ACOSTA TALERO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.837.309, efectuada el 30 de septiembre de 1994 a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que ADRIANA ACOSTA TALERO actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ADRIANA ACOSTA TALERO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales, cuotas y/o gasto 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, todos debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de ADRIANA ACOSTA TALERO a COLPENSIONES, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los dineros recibidos por cuotas de administración al RPMPD administrado por COLPENSIONES durante el tiempo en el cual estuvo afiliada el demandante.

SEXTO: BSOLVER A COLPENSIONES, de las demás pretensiones propuestas en su contra, referentes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y el retroactivo pensiona, en atención a las consideraciones expuestas en este proveído. Sin perjuicio de que la entidad estudio la situación pensional de la demandante cuando reúna los requisitos pensionales.

SEPTIMO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

OCTAVO: CONMINAR a COLPENSIONES y a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado del RPM al RAIS.

NOVENO: de esta instancia a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de TRES (03) SMLMV.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación al considerar que al momento de proferir la decisión se fundamentó en la falta al deber de información pasando por alto que al momento de la suscripción en el año 1994, la normatividad aplicable para dicha época era la Ley 100 de 1993, la cual esa aceptación libre, espontanea, expresa e informada de cada afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en el presente asunto se dio a plenitud; precisó que en lo referente a la carga de la prueba hasta el año 2016, la AFP contaba exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar ese consentimiento, constituyendo una situación de carácter imposible; señaló que las consecuencias que deriven de la

celebración de actos jurídicos son inter partes, por lo que de ninguna manera Colpensiones puede ser perjudicada ni favorecida.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 30 de septiembre de 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró

al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. E. S. B.', with a horizontal line through the middle and a vertical line on the right side.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA CONSTANZA ALVAREZ SARMIENTO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 036 2021 00397 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las demandadas Porvenir, Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de octubre de 2022.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no le asiste derecho alguno a la demandante en sus pedimentos, en virtud de que no se logró evidenciar coerción de afiliarse a el fondo privado y por lo contrario se encuentra que la elección de régimen se efectuó de forma espontánea, libre y sin verse restringido el consentimiento.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia al considerar que la demandada Porvenir S.A., incumplió con el deber legal y jurisprudencia de asesoría e información, en los

momentos antes y preliminares a la decisión y firma del formulario de traslado.

PORVENIR S.A., manifestó que ninguno de los presupuestos legales se alegaron ni menos fueron demostraron en el proceso; al considerar que el formulario de afiliación suscrito por la parte actora, es un documento público que se presume autentico según los artículos 243 y 244 de la Ley 100 de 1993; toda vez que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, así como tampoco fue tachado, ni desconocido como lo dispone los artículo 246 y 272 del Código General del Proceso.

I. ANTECEDENTES

La señora María Constanza Álvarez, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a dicha AFP retornar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones los aportes económicos realizados, con sus respectivos rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 15 de junio de 1968; que realizó aportes como cotizante al Instituto de Seguros Sociales desde el 13 de agosto de 1991 hasta el 31 de marzo de 1996; que el 28 de marzo de 1996 suscribió formulario de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Ahorro Individual sin que la asesora de dicho régimen hubiera dado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 11, 25,26, 48,50, 53 de la Constitución Política; los artículos 1,2, 3, 5, 7,8, 9, 10,11,13 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, los Decretos reglamentarios 692 de 1994, 656 de 1994 y 720 de 1994 y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 46292 del 2017, 31989 de 2008, 33083 del 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante con la AFP en el año 1996, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños después de haber sido amplia y oportunamente informado, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria por parte de la demandante, de manera que deberá probarse el vicio en el consentimiento. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de octubre de 2022, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARÍA CONSTANZA ÁLVARES SARMIENTO en del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1° de mayo de 1996, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A., hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un 1 SMMLV, a cargo de cada una de las encartadas.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación al considerar que no comparte la decisión de declaración de ineficacia de traslado ni lo efectos jurídicos dados; en primera medida en razón a que el artículo 9 del Código Civil señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio que establece una presunción legal, por lo que la demandante debía conocer la información que le permitía tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional sin que pueda aducir que Porvenir abuso de la posición dominante; por otro lado solicitó que en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia se absuelva a la AFP de devolver lo descontado por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguro a cualquier tipo de indexación; en virtud de que realizar tan

devolución constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, desconociendo el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, toda vez que son dineros que también se descuentan en el RPM y están sujetos a la prescripción y en caso de que se confirme dicha decisión se compensen dichas condenas con los rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos en la ley.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso y solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se absuelva a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que la firma del formulario de afiliación de la demandante con la AFP Porvenir es completamente válida y no hay lugar de declarar la ineficacia, pues si bien la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos, lo cierto es que dicho deber de información ha variado con el tiempo, luego para el año de 1996 cuando se trasladó de la demandante; precisó que pese a que se demuestre la falta al deber de información esto se vio saneado con el paso del tiempo, pues permaneció por bastante tiempo en el RAIS antes de que estuviera inmersa en la prohibición legal para trasladarse, lo que permite concluir que su voluntad era la de permanecer en el fondo privado; por otro lado solicitó se revoque la condena en costas impuesta a la entidad, en virtud de que la misma es llamada a juicio únicamente por ser la administradora que debe recibir a la demandante como consecuencia de la ineficacia de traslado y no porque dicha entidad haya faltado a sus deberes legales.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A, el 28 de marzo de 1996.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración debidamente indexados, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017, SI 4989-2018 y SL 1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin.

CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

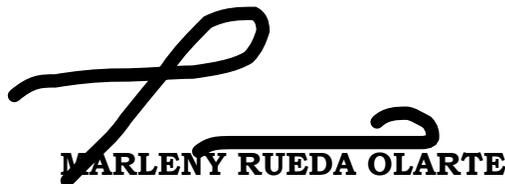
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de octubre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO