

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

I. ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto en el fallo proferido el 18 de marzo del año que avanza dentro de la acción de tutela No. 57938, se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 24 de enero de 2019 por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de dicha entidad, dentro del proceso ordinario laboral que **LUCILA CRUZ VARGAS** promoviere contra Protección S.A. y Colpensiones

II. ANTECEDENTES

1. **Hechos**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la actora del régimen de prima media con prestación definida al RAIS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas por la accionante y a activarla en el sistema.

De manera subsidiaria, depreca el condene a Protección S.A. al pago de una pensión de vejez igual o equivalente a la que hubiere recibido en Colpensiones.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta equivocada asesoría que recibió la demandante por parte de Protección S.A. al momento de trasladarse a dicha entidad.

2. **Actuación Procesal.**

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentado las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción). En resumen, adujo, que la actora cuenta con 55 años de edad, por lo que conforme lo contemplado en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, no es viable el traslado de régimen pensional.

Adicionalmente, conforme lo dispuesto en el artículo 36 de la misma normal, cuando las personas se han trasladado de régimen, como es el caso de la demandante, no gozarán del régimen de transición.

Aduce que el contrato que celebró la actora con el fondo privado está revestido de legalidad, no contiene vicio alguno en el consentimiento, por ende dicho contrato es válido.

Menciona que, conforme lo dispuesto en la sentencia SU 062 de 2010, la demandante, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con las semanas cotizadas que son requeridas en la mentada providencia, por lo que no es posible que se traslade de régimen en cualquier momento, máxime cuando la demandante eligió libre y voluntariamente afiliarse al RAIS.

Protección S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que la demandante solicitó de manera libre y voluntaria la afiliación a ese fondo, en la cual no obra constancia de situación anómala o constreñimiento, así como tampoco se evidencia la existencia de ningún tipo de vicio de consentimiento que invalide la afiliación y que resulte en la nulidad de la vinculación.

Menciona que los cálculos y proyecciones que realiza esa entidad al momento de la afiliación, son tentativos y se basan en la información suministrada, la cual puede variar con el transcurrir del tiempo, haciendo que las condiciones pensionales varíen de manera sustancial, de modo que se hace necesario realizarlas nuevamente al momento de conceder la prestación.

Aduce que, conforme se evidencia en el formulario, la accionante recibió información detallada, clara, precisa y concisa sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS, de lo que se puede concluir que la demandante no suministra prueba alguna del error de hecho o de derecho que vicie el consentimiento, más allá de su afirmación, contrariando los propios actos, al existir manifestación de voluntad expresa en la firma del formulario de afiliación.

Indica que, en el presente caso la actora cuenta con 55 años, por lo que no le sería posible efectuar traslado de régimen. Sin embargo, si se aplicara lo dispuesto en las sentencias C 1024 de 2004, C 789 de 2002 y SU 062 de 2010, se tiene que la

actora no es beneficiaria del régimen de transición, con lo que no puede regresar al RPM.

Concluye diciendo que las pretensiones incoadas no están llamadas a prosperar, ya que la vinculación de la señora Lucila Cruz Vargas no se encuentra viciada de nulidad.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

"PRIMERO: DECLARAR NULA la afiliación efectuada por la señora LUCILA CRUZ VARGAS al RAIS y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP Protección S.A., a la que se encuentra afiliada actualmente, a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la demandante al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiera efectuado a Porvenir S.A. (...)"

Para arribar a la anterior decisión, estimó que la pretensión de la demandante es el traslado al régimen de prima media en virtud de la nulidad de la afiliación y no la aplicación de las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 ni la SU-062 de 2010.

Aduce que la declaratoria de nulidad de la afiliación y traslado de la accionante al RAIS se fundamenta en que Colmena (hoy Protección) no le suministró una información completa donde pudiera establecer las diferencias de uno y otro régimen en cuanto a las mesadas pensionales ni se le indicaron las consecuencias del abandono del RPM, por ello, señala, le correspondía inicialmente a Protección S.A., en virtud de la inversión de la carga probatoria, demostrar que le brindó toda la información necesaria a la demandante, para que tomara la decisión que le resultara más favorable en cuanto al régimen pensional al que se encontraba afiliada.

Refiere que la afiliación conlleva un derecho de información a la parte demandante, que se haya brindado un estudio integral, señalándole las diferentes alternativas, tanto las ventajas como las desventajas para evitar menoscabarle los derechos pensionales, pues ello no puede implicar la pérdida de condiciones que le puedan resultar más favorables.

Indica que la H. Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al decir que la información debe comprender todas las etapas del proceso desde la afiliación hasta el

momento del disfrute y el fondo tiene el deber de proporcionar información completa y comprensible, teniendo en cuenta la diferencia que existe entre el cotizante y la entidad que tiene la información. Dicha información, menciona, debe ser prudente, pues el potencial afiliado puede resultar afectado con las consecuencias de su decisión, lo que genera para el fondo el deber del buen consejo, el cual conlleva a que, incluso, en determinado momento se desaliente al potencial cotizante de afiliarse a un determinado régimen.

Refiere, que le correspondía a Protección S.A. haber demostrado que le dio a la demandante la información suficiente y veraz de las implicaciones del traslado de régimen.

Concluye mencionando que, si bien fue allegado el formulario de afiliación de la demandante a Colmena (hoy Protección S.A), conforme la jurisprudencia este no es suficiente, sin que se allegara prueba alguna de la información que el fondo privado brindó a la demandante.

4. Fundamento de la alzada

COLPENSIONES.

Solicitó tener en cuenta que presente asunto versa sobre un error de derecho el cual no vicia el consentimiento.

Indicó que la afiliación de la demandante se hizo de manera libre, espontánea y voluntaria, sin presiones, presentándose una negligencia de la accionante, quien al tener conocimientos básicos y un nivel educativo como el que tiene, podía conocer cómo sería la proyección pensional en sus últimos años de vida.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto del 11 de marzo de 2019 se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta y mediante providencia del 27 de marzo del 2019 se señaló el 03 de abril del mismo año a la hora de las 3:20 de la tarde, para llevar a cabo audiencia pública de que trata el artículo 82 del CPTSS.

Llegada la fecha y hora señalada, se llevó a cabo la audiencia programada, en la cual, la mayoría de la Sala decidió:

"PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se absuelve a las convocadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante y a favor de las convocadas."

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la cual, no fue objeto de casación.

6. De la acción de tutela

Interpone la señora Cruz Vargas acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 57938, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 18 de marzo de 2020, en el que se dispone:

"PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de LUCILA CRUZ VARGAS.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 3 de abril de 2019, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada."

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, a partir de la presente, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor

Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

Cumplimiento al fallo de tutela

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 04 de agosto de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Colmena (Protección S.A.) (fl. 22 y 88) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008¹, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho

de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Sentencia que fue citada dentro de la acción de tutela No. 57938 (SL-3197-2020) del 18 de marzo del año que avanza, en la que se indicó: "*(...) las administradoras de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. En ninguna de ella se afirma o se insinúa que solo aplique a los beneficiarios del régimen de transición (...)*"²

Así las cosas, en los procesos donde se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga del cumplimiento del deber de información está radicada en cabeza del Fondo de Pensiones.

En ese orden de ideas, y ante la necesidad de que se brinde al afiliado información suficiente y veraz sobre las consecuencias de su traslado, se tiene para el caso particular, que fue aportado formulario de afiliación con Colmena (Protección S.A.) (fl. 22 y 88), en donde se observa el traslado efectuado el 04 de agosto de 1999, en el cual se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, y en el que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, el mismo no acredita que en efecto se le haya suministrado a la demandante la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala mayoritaria de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida (rad. 57938), "*(...) Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y*

² Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Sentencia de tutela del 18/03/2020 rad. 57200. SL-3186-2020

Demandante: LUCILA CRUZ VARGAS

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A

voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado».

Además, brilla por su ausencia prueba alguna que acredite el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP demandada en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, y en cumplimiento a lo ordenado en la pluritada acción constitucional con radicado No. 57938, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia consultada, en CUMPLIMIENTO de lo ordenado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de marzo de 2020, proferida dentro de la acción de tutela SL 3197-2020 (radicado No. 57938).

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados

Rhina Patricia Escobar Barboza
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Aprbado Virtualmente
MARCELIANO CHAVEZ AVILA

Lorenzo Torres Russy
LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., nueve (09) de octubre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 008

I. ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto en el fallo proferido el 18 de marzo del año que avanza dentro de la acción de tutela con radicado No. 57200, se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**, la sentencia proferida el 06 de noviembre del 2018 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que el señor MAURICIO PEREA RESTREPO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado del actor del régimen de prima media con prestación definida al RAIS. Como consecuencia de lo anterior, solicita se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de los aportes recibidos por cotizaciones, rendimientos, intereses y cualquier otro concepto que se encuentre en la cuenta individual del demandante; y a Colpensiones a recibir dichos valores, realizar el cómputo de las semanas cotizadas, así como al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 30 de mayo de 2018.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse su traslado.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentado las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción). En

resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por el demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir de vincularse al RAIS, pues encontró que ello era conveniente para sus intereses, proyectarse a futuro, realizar una planeación financiera acorde con sus necesidades y obtener los beneficios en el RAIS con lo que no cuenta el RPM.

Menciona que, para la fecha en que el actor se trasladó, los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos en que lo solicita la parte demandante, con lo que no puede exigirse a las administradoras del RAIS que demuestren circunstancias sobre las cuales no había obligatoriedad alguna como argumento para responsabilizarlas sobre situaciones que son responsabilidad del accionante, quien ratificó su decisión de continuar en el RAIS cuando impuso su firma en señal de aceptación, en el documento de afiliación correspondiente.

Alude que el traslado del demandante es un acto válido en la medida en que suscribió solicitud de vinculación o traslado de manera libre, espontánea y sin presiones luego de haber recibido asesoría por parte de esta entidad; adicionalmente, no aporta prueba alguna tendiente a demostrar la manifestación que realiza referente a que el asesor suministró información engañosa y lo indujo a error para suscribir el formulario de afiliación.

Refiere que el demandante estuvo todo el tiempo consciente de su decisión de mantenerse en el RAIS y estuvo conforme con la misma, pues nuevamente no ejerció su traslado al RPM, si ese era su deseo, cuando se encontraba posibilitado para ello.

Adujo que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el actor y la AFP, pues él sí pretendió afiliarse al RAIS y mantenerse en él, como por tanto tiempo lo ha hecho.

Finalmente, expresó que para el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso

Demandante: MAURICIO PEREA RESTREPO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que no existe razón para declarar la nulidad de la afiliación al RAIS del accionante, en razón a que la misma tiene plena validez y legalidad, pues no se probó por el actor alguna de las causales de nulidad, como vicios del consentimiento, y por el contrario en los hechos 4 y 5 de la demanda confesó que se había afiliado a Porvenir.

Menciona que existe un principio del derecho que establece que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por lo que no puede el demandante establecer que fue negligente en preguntar y averiguar su situación pensional ante Porvenir, pues es obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación, pues el desconocimiento de la Ley no es excusa.

Indica que la afiliación al fondo privado acaeció en el año 2000, una vez el demandante se informó y de manera oportuna realizó el cambio de régimen, refiriendo que el demandante subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido acaecer, habiéndose trasladado de manera libre y voluntaria.

Concluye exponiendo que el traslado de régimen del actor no es procedente, pues no tiene derecho a la aplicación del régimen de transición, ya que al 1° de abril de 1994 no tenía cotizadas 750 semanas o 15 años de servicios.

3. Providencia consultada

La *A quo* dictó sentencia condenatoria:

"PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante a la demandada Porvenir S.A. de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR a porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes que el demandante tenga en su cuenta de ahorro individual, esto es, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y comisiones cobradas con todos los frutos o intereses legales, por las razones expuestas.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, por lo antes expuesto."

Para arribar a la anterior decisión, estimó que la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que para que se pueda considerar que el traslado estuvo precedido de

voluntad y deseo de cambio se requiere que la AFP le haya suministrado al afiliado en su momento una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que no solo implica lo favorable sino todo aquello que puede perder o serle lesivo al momento de aceptar su traslado.

Indicó que en ningún caso puede tildarse o culparse al afiliado de que su actuar fue negligente si no se tiene plena certeza de la información dada por la AFP al momento del traslado, ya que independientemente de la actividad, profesión o conocimiento que tenga el afiliado, esta circunstancia no significa que la persona sea experta en temas de seguridad social, por lo que claramente son las AFP los administradores expertos, y son estos los que deben ofrecer la información necesaria para la toma de la decisión.

Reitera, que la parte demandada es la obligada, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de informar al actor de las consecuencias del traslado y en ese orden de ideas la única prueba que respalda la información que le fue suministrada al demandante al momento de suscripción del formulario fue este documento donde se encuentra la firma del actor en señal de aceptación, sin encontrarse que solo por la firma se pueda entender o presumir que le brindaron toda la información necesaria.

Aduce que, contrario a lo anterior, de conformidad con el criterio esbozado por la H. Corte Suprema de Justicia es a la parte demandada la que estaba en obligación de informar al actor todas las consecuencias de traslado y probar en este juicio dicha afirmación, con lo que el demandante no debía probar qué información le dieron o que la misma le era escasa.

Refiere que el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral indica que lo que genera la nulidad o ineficacia de la afiliación es la omisión por parte de la AFP de informar al actor los pormenores de su traslado, por lo que la carga de la prueba, de conformidad con la jurisprudencia citada, radica en cabeza de la demandada, pruebas que en este asunto brillan por su ausencia.

Encuentra que, por el hecho de que el actor no sea beneficiario del régimen de transición, dicha circunstancia no implica que la demandada podía obviar brindarle la información sobre aspectos positivos y negativos de realizar un traslado, ya que dicha situación sería completamente discriminatoria para los intereses de los afiliados.

Finalmente, mencionó que el presente asunto no está sometido a la prescripción ya que está íntimamente ligado al derecho pensional el cual es imprescriptible.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto del 18 de diciembre de 2018 se admite el grado jurisdiccional de consulta y mediante providencia del 12 de marzo del 2019 se señaló el 20 del mismo mes y año a la hora de las 10:30 de la mañana, para llevar a cabo audiencia pública de que trata el artículo 82 del CPTSS.

Llegada la fecha y hora señalada, se llevó a cabo la audiencia programada, en la cual, la mayoría de la Sala decidió:

"PRIMERO: REVOCAR la sentencia consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello se absuelve a las convocadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada."

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la cual, no fue objeto de casación.

5. De la acción de tutela

Interpone el señor Perea Restrepo acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 57200, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 18 de marzo de 2020, en el que se dispone:

"PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de MAURICIO PEREA RESTREPO.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 20 de marzo de 2019, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada."

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, a partir de la presente, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en

aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020.

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

Cumplimiento al fallo de tutela

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 08 de mayo del 2000 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 81) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008¹, dijo:

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de

Demandante: MAURICIO PEREA RESTREPO

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña."

Sentencia que fue citada dentro de la acción de tutela No. 57200 (SL-3186-2020) del 18 de marzo del año que avanza, en la que se indicó: " (...) las administradoras de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. En ninguna de ella se afirma o se insinúa que solo aplique a los beneficiarios del régimen de transición (...)"²

Así las cosas, en los procesos donde se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga del cumplimiento del deber de información está radicada en cabeza del Fondo de Pensiones.

En ese orden de ideas, y ante la necesidad de que se brinde al afiliado información suficiente y veraz sobre las consecuencias de su traslado, se tiene para el caso particular, que fue aportado formulario de afiliación con Porvenir (fl. 81), en donde se observa el traslado efectuado el 08 de mayo del 2005, en el cual se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, y en el que, si bien refiere que la decisión se adoptó de manera libre, espontánea y sin presiones, el mismo no acredita que en efecto se le haya suministrado al demandante la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida (rad. 57200), "(...) Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea

² Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral. Sentencia de tutela del 18/03/2020 rad. 57200. SL-3186-2020

y sin presiones" u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado".

Además, atendiendo los parámetros referidos con anterioridad, brilla por su ausencia prueba alguna que acredite el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP demandada en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, y en cumplimiento a lo ordenado en la pluricitada acción constitucional con radicado No. 57200, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto. Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL.

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia consultada, en CUMPLIMIENTO de lo ordenado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 18 de marzo de 2020, proferida dentro de la acción de tutela SL 3186-2020 (radicado No. 57200).

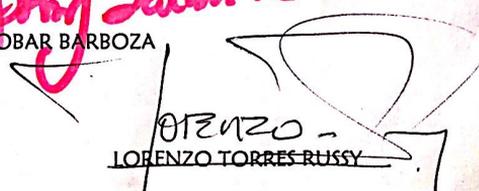
SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Aprobado Virtualmente
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LORENZO TORRES RUSSY