



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ASTRID ESCOBAR JURADO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 002 2018 00379 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a da cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

La señora ASTRID ESCOBAR JURADO, pretende se declare la nulidad del traslado que efectuó el Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a PORVENIR S.A. y con posterioridad a PROTECCION S.A., por la nula e indebida información. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicita se condene a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital acumulado en su cuenta. Así como condenar a esta

última entidad a activar su afiliación en el fondo que administra y actualizar su historia laboral. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de septiembre de 1966, que se afilió al ISS el 22 de mayo de 1986, donde realizó un total de 187 semanas de cotización; que, en el mes de diciembre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado en su momento por HORIZONTE hoy PORVENIR, sin que esta entidad le informara la naturaleza y características de este régimen. Finalmente aseguró que, radicó ante las entidades demandadas, petición encaminada a la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual.

Como fundamento normativo, citó el artículo 21 del C.S.T, los artículos 6, 25, 74 y 145 del C.P.T y S.S., los artículos 63, 65 y 70 del C.P.C., los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la C.N., los artículos 1, 21, 31, 36, 50, 141, 142, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, los artículos 12, 13, 20 y 35 del Acuerdo 049 de 1990. Así como las sentencias con radicado 31.989 de 2008, 33083 de 2011 y 46292 de 2014.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 127-139 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la afiliación realizada por la demandante al RAIS tiene plena validez, en la medida que no se probó vicios en el consentimiento. Además de indicar que la accionante se encuentra dentro de la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797, para retornar al régimen de Prima Media. Propuso las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 104-111, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas por la actora, manifestando que no existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la señora ASTRID ESCOBAR JURADO, para

el momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación, por el contrario considera que se presentaron todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen, sumado a que el cambio estuvo precedido de una decisión libre e informada. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

Entre tanto PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 203-214, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de afiliación que celebró con la demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza. Que además el formulario de vinculación al RAIS fue suscrito de forma libre y espontánea, y que brindó una asesoría completa y comprensible previo a la afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de junio de 2019, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“1. DECLARAR la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante **ASTRID ESCOBAR JURADO** identificada con la cédula de ciudadanía n.º30.301.302 al Régimen de Ahorro Individual, realizada el 27 de diciembre de 1996 a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, la del 19 de marzo de 1998 a **PROTECCION S.A.**, y la del 29 de abril de 1999 a la **AFP COLMENA** hoy **PROTECCION S.A.**

2. CONDENAR a la demanda **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** a trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, los valores que reposen en la cuenta de ahorro

individual de la demandante ASTRID ESCOBAR JURADO, identificada con la cédula de ciudadanía n.º30.301.302 y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

3. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga sus veces a recibir los aportes de la demandante ASTRID ESCOBAR JURADO identificada con la cédula de ciudadanía n.º 30.301.302 en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por tal entidad; así mismo corregir y actualizar la historia laboral de la demandante.

4. Dadas las resultas del juicio no se declaran probadas las excepciones propuestas por la convocada a juicio.

5. CONDENAR en costas a la parte accionada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales vigentes a cada una de las AFP.

6. Si no fuere apelado CONSULTESE con el superior.

El A-quo argumento que de conformidad con los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, y teniendo en cuenta las sentencias con radicaciones 31989 de 2008, 33083 de 2011, 31314 de 2018 y 46292 de 2019, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la actora al

Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación, hubiese impartido información complete, adecuada, cierta y comprensible.

II. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A., indica que desde el año 1998, cuando la demandante de manera voluntaria decide cambiarse de administradora de pensiones, traslado todo el capital depositado en la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, por lo que a su juicio resulta improcedente condenarla por estos conceptos. Así mismo agregó, que no es posible ordenar la devolución a favor de la demandante de sumas adicionales, como quiera que además de cubrir los riesgos de invalidez y muerte, quien asume el pago de estas son las aseguradoras. Así mismo, manifestó que tampoco debió emitirse condena por gastos de administración, pues ello solo procedería cuando el bien sufre algún daño, pero que ello no ocurrió por el contrario considera que actualmente, los riesgos de invalidez, vejez y muerte se encuentran cubiertos. Adicionalmente agregó que, no es posible aplicar los precedentes jurisprudenciales citados por el Juez de conocimiento, al no obrar una verticalidad, más cuando la propia demandante en la actualidad no conoce siquiera las condiciones pensionales. Finalmente enuncia, que la actora se encuentra incurso en la prohibición legal prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en la medida que se encuentra menos de 10 años para adquirir el beneficio pensional, sumado a que solamente estuvo vinculada en PORVENIR desde el año 1996 hasta el año 1998.

III. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES.

Insiste en que no se probó vicio alguno en el consentimiento que conlleve a la nulidad de acto de afiliación, por el contrario considera que del material probatorio allegado al plenario se vislumbraba que la demandante faltó al deber de cuidado, toda vez que con posterioridad a la vinculación no indago nada sobre el cambio de régimen pensional, además de haber firmado el formulario en menos de 5 o 10 minutos, sumado a que ratificó

su voluntad de permanecer en el RAIS, dado que se vinculó a diversos fondos privados. Igualmente afirmó que la demandante dejó transcurrir más de 22 años, sin manifestar alguna inconformidad respecto del cambio de régimen pensional. Por otra parte, adujo que no era aplicables las sentencias de la Sala de Casación Laboral, toda vez que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía una expectativa legítima, más cuando las normas estipuladas en la Ley 100 de 1993, son de público conocimiento y de carácter nacional.

IV. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 11 de julio de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 11 de marzo de 2020, el magistrado MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA, ordenó la remisión del expediente al magistrado que seguía en turno, como quiera que su ponencia no fue aceptada por los demás integrantes de la Sala. El 04 de septiembre de 2020, la Sala Segunda en su mayoría, profirió por escrito la decisión de segunda instancia, en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de

información debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR *que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.*

QUINTO: DECLARAR *que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.*

SEXTO: DECLARAR *que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.*

SEPTIMO: DECLARAR *que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.*

OCTAVO: DECLARAR *que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.*

NOVENO: DECLARAR *que el acto de afiliación a un régimen pensional no tiene carácter contractual y en consecuencia sus*

requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR *que Colpensiones y las AFP Protección y Porvenir S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.*

ONCE: DECLARAR *que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.*

DOCE: DECLARAR *que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.*

TRECE: DECLARAR *que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.*

CATORCE: DECLARAR *que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tomarse en perjuicios a cargo de la administradora.*

QUINCE: DECLARAR *que Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de diciembre de 1996, fecha del traslado a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. y,*

no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a la AFP PORVENIR S.A. y se absuelve de las mismas por no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tornarse en tales.

SEGUNDO: SE REVOCAN las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación del actor al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral de la demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.”

V. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.°61090 emitiéndose fallo el 06 de noviembre de 2020 y en la cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, acceso a la administración de justicia y debido proceso de ASTRID ESCOBAR JURADO.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 4 de septiembre de 2020, para en su lugar, ordenar a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO EXHORTAR a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ** para que sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación.

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

VI. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió 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 lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

VII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª 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 del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por

COLPENSIONES S.A. y las demás pretensiones solicitadas, bajo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela que favoreció al accionante.

Para a dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Laboral, para amparar los derechos fundamentales del hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

“Por ello, le asiste razón a la tutelista frente a su solicitud de amparo, pues el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá cambió la regla jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral, al interpretar de una forma diferente lo reglado en la Ley 100 de 1993 en cuando a la procedencia de la ineficacia del traslado. Así, al momento de que el juez colegiado profirió su sentencia, existía un precedente judicial consolidado desde hace más de una década, que, sin razón y justificación alguna, desatendió, mismo que fue recogido la reciente sentencia CSJ SL1452-2019, como en diferentes acciones de tutela, entre otras la CSJ STL3199-2020.”

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció 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 en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca 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.

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 113, se evidencia formulario de afiliación a HORIZONTE actualmente PORVENIR S.A, a partir del 27 de diciembre de 1996. Igualmente se corrobora que el 19 de marzo de 1998, la accionante procedió a vincularse al Fondo Privado PROTECCIÓN S.A. y finalmente se vinculó COLMENA S.A.-29 de abril de 1999- (folio 165-166).

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora ASTRID ESCOBAR JURADO, se establece que es especialista en salud ocupacional, que se afilió al Régimen de Ahorro Individual para apoyar a su grupo empresarial, y porque el asesor le indico que el ISS se iba a liquidar: *“entonces, lo que le decían a uno era que, cómo éramos del grupo debíamos apoyar a ese grupo entonces nos debíamos afiliar a salud que pertenecía a ese grupo, no me acuerdo en este instante cual era la EPS de esa época, entonces estaba pensión Horizonte, yo siempre, digamos que di larga al tema, no pues yo no quería, yo quería estar como con el Seguro Social, pero cuando nos cogían y le explicaban era que el Seguro Social se iba acabar por todo el tema de la corrupción y que entonces pues por eso estaba surgiendo todo lo que eran los fondos privados, entonces pues qué bueno uno se debía pasar yo siempre pues siempre le di larga a la situación, hasta cuándo en diciembre del sería de 1996, creo entonces llegó el asesor y prácticamente el formulario todo diligenciado solamente era como para que yo lo firmara para que yo hiciera el cambio a ese fondo a horizonte”.*

Frente a la pregunta de cuáles fueron las razones para suscribir el formulario de vinculación, respondió: *“No, lo que explicaban era el tema de que el Seguro Social se acaba, entonces que, las opciones que tenían eran las opciones que teníamos de los fondos privados entonces pues básicamente era como es lo que le explicaban a uno.*

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, 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, máxime cuando la demandante en su interrogatorio aduce que tan solo le indicaron que el ISS se iba a extinguir.

Finalmente frente al tema objeto del recurso de apelación, presentado por la AFP PORVENIR S.A., referente a los gastos de administración, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“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, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A, el 27 de diciembre de 1996, por lo que PROTECCION S.A.A deberá trasladar a la primera, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 Laboral del Circuito, el 27 de junio de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RÚSSY



CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

**Ultima hoja del proceso ordinario n. °11001310500220180037901, promovido por
ASTRID ESCOBAR JURADO vs COLPENSIONES Y OTROS**





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YUMNA SEFAIR SILVA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, COLFONDOS S.A Y OLDMUTUAL S.A.

RADICADO: 11001 3105 017 2018 00080 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a da cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

la señora YUMNA SEFAIR SILVA, pretende que se declare la nulidad o ineficacia del traslado efectuado inicialmente al fondo de pensiones OLD MUTUAL S.A. y con posterioridad a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN, por cuando dichas entidades le brindaron una asesoría equivocada. Como consecuencia de la anterior declaración, se solicita se ordene a PROTECCIÓN el traslado de los aportes realizados en la cuenta individual, junto con los rendimientos financieros a COLPENSIONES. De manera subsidiaria, peticionó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de PROTECCION S.A.

Sustentó sus pretensiones, en que el 13 de diciembre de 1995, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por OLD MUTUAL S.A., entidad

que le indicó que el monto de la mesada pensional sería más alta, de la que le correspondería en COLPENSIONES, además de señalarle que esta última entidad se iba a liquidar. Asimismo, afirmó que con posterioridad se trasladó a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. pero sin recibir de estos fondos asesoría correspondiente. Agregó que solicitó ante PROTECCIÓN S.A., un estudio pensional a efectos de conocer el valor de su mesada pensional, encontrando que la otorgada por esta entidad era equivalente a \$2.263.348, cuando acreditara los 60 años de edad, mientras que en COLPENSIONES, esta ascendía a la suma de \$3.639.184, a los 57 años de edad. Finalmente, enunció que petitionó ante COLPENSIONES, el retorno al régimen por el administrado, siendo denegado el requerimiento.

Como fundamento normativo citó el artículo 4 y 20 del Decreto 656 de 1994, artículo 210 del Decreto 663 de 1993, artículo 10 del Decreto 720 de 1994, Decreto 2241 de 2010, artículo 48 del C.P. Así como las sentencias con radicación 31989 y 31314 de 2008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 86 a 104 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que el traslado que efectuó la demandante no estuvo viciado de ningún vicio en el consentimiento, como quiera que ella de manera voluntaria decidió efectuar la afiliación al RAIS. Por último indicó que la actora no cumplió con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, para poder retornar al RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA, en cualquier tiempo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, Prescripción e inexistencia de causal de nulidad.

Por su parte, **OLD MUTUAL S.A.**, dio contestación a la demanda como se observa a folios 163-184, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas por la actora, manifestando que explicó de manera satisfactoria, las

características, particularidades, bondades y limitaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, y fue la demandante quien decidió de manera voluntaria trasladarse a dicha AFP. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, pago y cobro de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Entre tanto **COLFONDOS S.A.**, luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que brindó una asesoría integral y completa a la afiliada, respecto de las bondades e inconvenientes del RAIS y sus diferencias con el Régimen de Prima Media, propiamente en lo que a la pensión de vejez se refiere. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y buena fe. (Folio 196-212).

PROTECCION S.A., también se opuso a la prosperidad de las súplicas de la demanda, argumentando que entregó a la accionante, información objetiva sobre el Régimen de Ahorro Individual y su comparación con el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada, adoptando la vinculación al RAIS, sin que mediara ningún engaño u ofrecimiento falso, no vicio del consentimiento alguno. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a PROTECCION, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de julio de 2019, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“1. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, en la forma expuesta en la parte motiva de esta providencia.

2. DECLARAR que la vinculación de la Sra. YUMNA SEFIR SILVA, identificada con la cédula 51.712.650, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por OLD MUTUAL S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

3. DECLARAR que la señora YUMNA SEFAIR SILVA, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, y que esa entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

4. ORDENAR a las Administradoras de Fondos de Pensiones codemandadas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubieren recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos e intereses, en la forma dispuesta por el artículo 1746 del Código Civil, según las razones expuestas.

5. ORDENAR A COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectúen las entidades administradoras en el régimen de ahorro Individual con solidaridad obligadas y convalidarlos en la historia laboral de la demandante para efectos de la suma de semanas que haya lugar en el régimen pensional a su cargo.

6. CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme la presente providencia, por Secretaría Practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una, por valor de \$600.000.

7. SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia con la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, y teniendo en cuenta el pronunciamientos emitido por este Tribunal en el proceso con radicado 2016-441, así como la sentencia n° 12136 de 2014, dictada por la Sala de Casación laboral, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación realizada en el RAIS, ante la omisión de los fondos de pensiones en informar al asegurado previo a la vinculación las consecuencias del traslado de régimen pensional, así como las características, beneficios, ventajas y desventajas del RAIS, que su actuación según el material probatorio, solo se supedito a recaudar datos personales de la demandante.

IV. RECURSO DE APELACION COLFONDOS S.A.

Señaló lo siguiente: *“En lo relacionado a la condena impuesta a mi representada, en relación a la devolución de los dineros entre ellos también*

gastos de administración y demás, como quiera, en primer lugar, que dicho valores ya fueron remitidos a la actual administradora donde reposan los dineros de la cuenta individual de la demandante, adicional a ello teniendo en cuenta que el artículo 104 de la 100 del 93, regula el cobro de la comisiones, en razón a que en el RAIS, se administran los recursos privados y públicos, destinados a pagar pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, por lo anterior esta defensa pues no comparte la decisión del despacho, en cuanto permanecer en el RAIS le permitió a la demandante tener rendimientos respecto de los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual, por lo que así las cosas, en razón de la ineficacia del traslado deprecada por este despacho, sería también permitente que se ordenara la devolución de dichos rendimientos de los cuales se ha beneficiado la demandante, puesto que de tener dichas cotizaciones en el régimen de prima media, no se hubiese beneficiado sobre esos dineros cotizados, puesto que esa no es la funcionalidad del Régimen de Prima Media.”

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 20 de agosto de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 05 de agosto de 2020, se señaló el día 13 de agosto 2020, para proferir por escrito la decisión.

La Sala Segunda de Decisión en su mayoría, profirió sentencia en los siguientes términos:

“PRIMERO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación, deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradores de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional, no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y las AFP Porvenir S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tomarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de diciembre del año 1995, fecha del traslado a OLD MUTUAL S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCA la condena apelada e impuesta a COLFONDOS S.A.,-relacionada con trasladar "todos los valores que hubieren recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, nonos pensionales, frutos e intereses", por ausencia de la demostración de perjuicios causados con ocasión de la afiliación, a la luz de lo dispuesto el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tomarse en tales.

SEGUNDO: SE REVOCAN las condenas impuestas a Colpensiones, en razón a que la afiliación del actor al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral del demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

TERCERO: Sin costas en esta instancia."

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º61198 emitiéndose fallo el 11 de noviembre de 2020 y en la cual se dispuso:

PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de **YUMNA SEFAIR SILVA**.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 13 de agosto de 2020, 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 sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 válida y suficiente. C

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.

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió 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 lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n.º 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

VIII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª 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 del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, bajo los argumentos

expuestos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela que favoreció a la accionante.

Para a dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Laboral, para amparar los derechos fundamentales de la hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

“De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que el Tribunal accionado, en la providencia de 13 de agosto de 2020, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de válidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.

Tal determinación, se acompasa con lo decidido por esta Sala en providencias CSJ STL3186-2020, CSJ STL4701- 2020, CSJ STL4759-2020, CSJ STL5435-2020, CSJ STL5551-2020, CSJ STL6971-2020, CSJ STL7839-2020, STL7840-2020 y CSJ STL 8710-2020, a través de las que se desataron asuntos similares al que hoy ocupa su atención.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció 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 en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca 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.

En el presente asunto, tenemos que de la certificación expedida por ASOFONDOS, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado por OLD MUTUAL S.A., el 12 de diciembre de 1995, hecho además aceptado en el escrito de demanda (folio 2-237). Así mismo, se acredita que el 24 de julio de 2001, la demandante se cambió a COLFONDOS S.A. y el 31 de agosto de 2007 a SANTANDER S.A. actualmente PROTECCIÓN S.A. (Folio 214, 237 y 238)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora YUMNA SEFAIR SILVA, se pudo establecer que es de profesión Odontóloga, que firmó los formularios a las distintos fondos privados de manera voluntaria, que no atendió al asesor en debida forma, ya que contaba con poco tiempo disponible, y que la explicación que este le impartió fue muy corta: *“Fue individual, ellos cogían a cada odontólogo, yo me acuerdo, el odontólogo que estuviera desocupado, ustedes saben, yo trabajo 24-27 pacientes diarios, a nosotros antes nos queda tiempo como para lavarnos las manos y eso, antes los atendíamos, los atendíamos muy rápido, y de pronto ellos por la premura de cogerlo a uno y hacer el formulario, pues le hablaban a uno muy rápido, y no era muy a fondo lo que ellos le ofrecían a uno.”*

Por otra parte el apoderado de OLD MUTUAL, afirmó en su escrito de contestación que: *“ha contado con departamentos especializados, donde capacitan a todos sus funcionarios y especialmente a sus asesores comerciales para que puedan explicar de manera satisfactoria, las características,*

particularidades, bondades y limitaciones del régimen de ahorro individual con solidaridad” (folio 163).

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación y certificaciones de traslado a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, 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 o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, máxime cuando OLD MUTUAL, tan solo afirmó que cuenta con asesores que tiene conocimiento acerca del RAIS, con el objetivo que imparta a los posibles afiliados una explicación satisfactoria del régimen, sin que tal manifestación se encuentre probada.

Finalmente frente al tema objeto del recurso de apelación, presentado por la AFP COLFONDOS S.A., referente a los gastos de administración y sumas adicionales, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“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, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP OLD MUTUAL S.A., a partir del el 12 de diciembre de 1995, por lo que las entidades administradoras privadas de pensiones deberán trasladar a la primera entidad mencionada, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la actora en su cuenta. En consecuencia se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 Diecisiete Laboral del Circuito, el 29 de julio de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

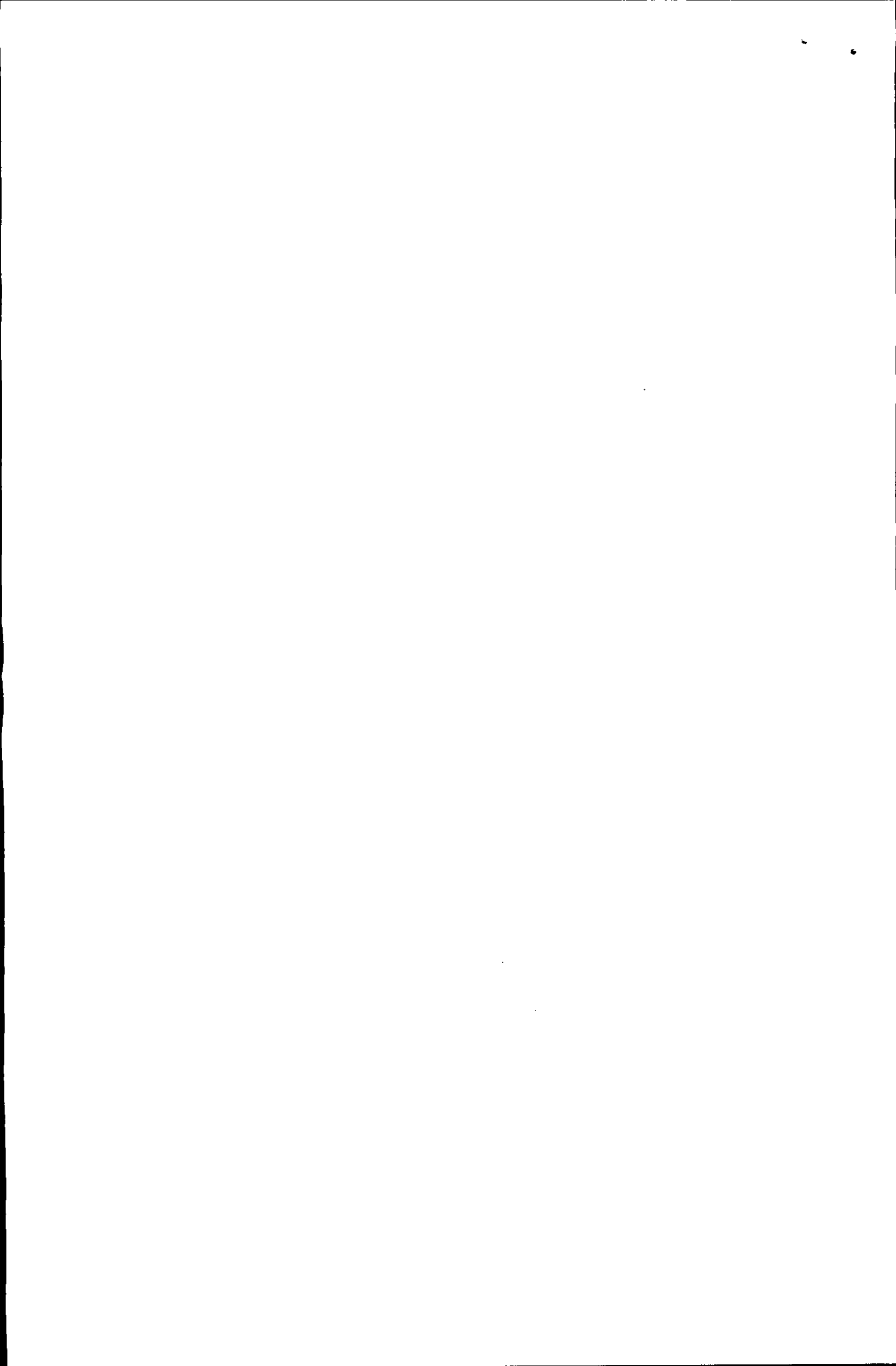


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ultima hoja del proceso ordinario n.º 11001310501720180008001, promovido por YUMNA SEFAIR SILVA vs COLPENSIONES Y OTROS



266



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FABIO HUMBERTO MUÑOZ CADENA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 039 2018 00108 01

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a da cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

I. ANTECEDENTES

El señor FABIO HUMBERTO MUÑOZ CADENA, pretende que se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, inicialmente a través de COLFONDOS y con posterioridad a OLD MUTUAL, por omisión en el deber de información respecto de los riesgos que debía asumir, así como las desventajas de dicho régimen pensional. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se condene a COLPENSIONES a registrarlo en el régimen que administra sin solución de continuidad desde el 15 de junio de 1984. Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Seguro Social el 15 de junio de 1984 y se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por COLFONDOS S.A., el 28 de septiembre de 1994 fecha para la cual contaba con 520.71 semanas de cotización al ISS; que el referido Fondo no le informó las consecuencias de dicho traslado, como

tampoco le brindó información clara, completa y oportuna sobre el régimen pensional, al solo manifestarle que no se podría pensionar en el Seguro Social porque esa entidad se iba a acabar. Así mismo manifestó que el 10 de enero de 2018 radicó solicitud de traslado a Colpensiones y el 16 de enero de 2018 a Colfondos S.A., la cual fue negada con fundamento en que estaba a menos de 10 años de cumplir el requisito para pensionarse.

Como fundamento normativo citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994. Así como en la sentencia con radicación 31989 de 2008, 31314 de 2008 y 46292 de 2014 proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece de folios 74 a 76 del plenario, en el que se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, al disponer que no es viable el traslado de régimen pensional cuando al afiliado le falten menos de 10 años para acceder al derecho pensional, como ocurre en este caso en el que el actor tampoco es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; señaló que el contrato que se celebró entre el demandante y el Fondo privado está revestido de legalidad y no se presentó vicio alguno en el consentimiento que permita invalidarlo. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe y prescripción.

Por su parte, OLD MUTUAL S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 119 a 133, mediante escrito en el cual se opuso a las pretensiones incoadas, manifestando que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por ello el actor al efectuar su traslado aceptó todas las condiciones propias del RAIS, sin que exista causal de nulidad en ese acto por lo cual la vinculación se debe mantener vigente, teniendo en cuenta igualmente que el demandante no reúne los requisitos de ley para que se

267

disponga el traslado que solicita. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Entre tanto COLFONDOS S.A., allegó el escrito que se incorporó a folio 166 en el cual manifiesta que se allana expresamente a las pretensiones de la demanda.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de enero de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR que el traslado que hizo el señor FABIO HUMBERTO MUÑOZ CADENA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1 de septiembre de 1994 a través de la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, así como también es ineficaz el traslado efectuado a OLD MUTUAL por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida, así mismo es ineficaz.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera los dineros que recibió por administración durante el tiempo que el señor FABIO HUMBERTO MUÑOZ CADENA estuvo afiliado, esto es, desde el momento de la suscripción del contrato en fecha 28 de septiembre de 1994 hasta que se hizo efectiva la afiliación con OLD MUTUAL también con destino a COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba de parte de OLD MUTUAL los recursos de que tratan los numerales anteriores, y reactive la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación definida, sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada **OLD MUTUAL S.A.** dentro de los cuales se deberá incluir la cuantía de \$1.690.000 como agencias en derecho.

SÉPTIMO: CONSÚLTASE la presente decisión ante el Superior por resultar adversa a **COLPENSIONES**, en la medida en que está ordenando recibir los dineros y activar de manera inmediata la afiliación que se ordenó.

OCTAVO: AUTORIZAR a **COLPENSIONES** para que realice las actuaciones administrativas y judiciales para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de **COLFONDOS S.A.**”

Como fundamento de su decisión, el A-quo se refirió a los dos regímenes pensionales que existen en el ordenamiento legal y la forma en que pueden los afiliados acceder a cada uno de ellos, el que según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 debe ser de manera libre y espontánea; así como las normas que regulan la forma en que se debe efectuar esa vinculación sustentó su decisión en las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989/2008, SL 413/2018, SL 4964/2018, SL 037/2018, SL 1682/2019, SL 3464/2019, SL 032/2019 y STP 2082/2019, en las que se determina el deber de información, una buena asesoría y una doble asesoría como requisitos para que opere en debida forma el traslado; señaló que no se trataba de dar una información parcial frente a las bondades de un solo régimen, sino los pro y los contra de cada régimen para que de esa manera pudiera adoptar la decisión que considerara más conveniente.

III. RECURSO DE APELACION DEMANDADA OLD MUTUAL

Señaló que su inconformidad radica en la devolución de las comisiones y rendimientos que el Juzgado ordenó, porque no es posible efectuar ese trámite porque esas sumas cubrieron las contingencias del afiliado desde el año 2014 hasta la fecha para los riesgos que se cubren en esos eventos y las pólizas para esos riesgos fueron pagados a diferentes aseguradoras, además que en la demanda no se efectuaron pretensiones al respecto y que la sentencia impuso esas condenas sin que se hubieran discutidos tales aspectos del proceso.

IV. RECURSO DE APELACION DEMANDADA COLPENSIONES

En síntesis, alegó que la demandante no probó vicio en el consentimiento, por lo cual no se dan los presupuestos establecidos en las normas que regulan el asunto para disponer la nulidad o ineficacia del traslado, que cumplió con todos los requisitos para su validez; aunado a que el actor no solicitó de manera puntual información adicional a la que le fue brindada por cada uno de los Fondos cuando efectuó su traslado y para el año 1994 el afiliado solo contaba con una mera expectativa que no constituye un derecho adquirido y en esa medida no se vulneró derecho alguno del actor. Solicitó revocar en su integridad la sentencia recurrida para que en su lugar se profiera decisión absolutoria.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 27 de enero de 2020, dispuso admitir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 26 de agosto de 2020, se señaló el día 4 de septiembre de 2020, para proferir por escrito la decisión.

La Sala Segunda de Decisión en su mayoría, profirió sentencia en los siguientes términos:

PRIMERO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que, de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación, deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradoras de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional, no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones, a las AFP Old Mutual S.A. y Colfondos S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de septiembre de 1994, fecha del traslado a Porvenir S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas apeladas e impuestas a las AFP OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A. se absuelve de las mismas por no haberse probado perjuicio alguno a su cargo de conformidad con el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, sin que las obligaciones establecidas en la ley puedan tomarse en tales.

SEGUNDO: SE REVOCAN las condenas impuesta a Colpensiones, en razón a que la afiliación de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral del demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

TERCERO: Sin costas en esta instancia."

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º 61120 emitiéndose fallo el 11 de noviembre de 2020 y en la cual se dispuso:

PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de **FABIO HUMBERTO MUÑOZ CADENA**.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 4 de septiembre de 2020, 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 sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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 válida y 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.

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió 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 lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n.º 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

VIII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, bajo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela que favoreció a la accionante.

Para a dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Laboral, para amparar los derechos fundamentales del hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

“De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que la Corporación accionada, en la providencia de 4 de septiembre de 2020, incurrió

en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción.

Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de válidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes.

Tal determinación, se acompasa con lo decidido por esta Sala en providencias CSJ STL3186-2020, CSJ STL4701-2020, CSJ STL4759-2020, CSJ STL5435-2020, CSJ STL5551-2020, CSJ STL6971-2020, CSJ STL7839-2020, Radicación n.º 61120 SCLAJPT-11 V.00 26 STL7840-2020 y CSJ STL 8710-2020, a través de las que se desataron asuntos similares al que hoy ocupa su atención.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció 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 en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca 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.

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 47, se evidencia que la demandante se vinculó al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., a partir del 28 de septiembre de 1998, que con posterioridad se cambió a OLD MUTUAL S.A. -14 de marzo de 2014- (Folios 134-135).

Del interrogatorio de parte, absuelto por el actor, se pudo establecer que se afilió al RAIS, luego de recibir una asesoría que se hizo mediante una convocatoria informada por su empleador en la que dos asesores les informaron sobre los beneficios que conllevaba el traslado a Colfondos, así mismo que el Seguro Social se iba a acabar y el dinero que se tenía allí por las afiliaciones se perdería, que la pensión en el Fondo se podía adquirir más rápido que en el Seguro Social, esas charlas eran dada para grupos de 10 o 15 personas y se hacían durante todo el día.

Entre tanto COLFONDOS S.A., allegó el escrito que se incorporó a folio 166 en el cual manifiesta que se allana expresamente a las pretensiones de la demanda.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, 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, máxime cuando COLFONDOS S.A., se allanó a las pretensiones enunciadas en el escrito de demanda.

Finalmente frente al tema objeto del recurso de apelación, presentado por la OLD MUTUAL S.A., referente a los gastos de administración y sumas adicionales, ha de precisarse que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, es decir, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que conlleva a que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías OLD MUTUAL, deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Colpensiones, postura que ha sido tomada de las sentencias CSJ SL17595-2017 y CSJ SL4989-2018, donde se rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

“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, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A., a partir del 28 de septiembre de 1998, por lo que OLD MUTUAL S.A. deberá trasladar a la primera entidad mencionada, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el actor en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda 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 Nueve Laboral del Circuito, el 15 de enero de 2020, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ultima hoja del proceso ordinario n. °11001310503920180010801, promovido por Fabio Humberto Muñoz Cadena vs COLPENSIONES Y OTROS