



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOHN EDGAR SILVA BERNAL contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

RADICADO: 11001 3105 017 2018 00594 01

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

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad contra a la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de enero de 2020.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de COLPENSIONES presentó escrito de alegaciones, en el cual reiteró su solicitud de que sea revocada la decisión de primera instancia, manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse, contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; sostuvo que en este caso no se evidencia

que en la afiliación se hayan presentado vicios del consentimiento por lo cual resulta válida.

A su vez el apoderado de PORVENIR S.A., manifestó que la información suministrada a la afiliada se encuentra acorde con los lineamientos vigentes en su momento, sin que se pueda considerar procedente demandar la ineficacia del traslado porque pasado el tiempo el plan de pensión no resultó acorde con sus aspiraciones, debiendo ser analizada la situación particular sin aplicación de reglas automáticas para tener en cuenta que la demandante alega su propio error. Igualmente solicitó tener en cuenta la obligatoriedad que existe frente a los descuentos que por ley se deben efectuar de las cotizaciones y de acuerdo con la norma que cita frente a la ineficacia del traslado la obligación de ese Fondo será solamente del traslado de lo efectivamente cotizado por la demandante.

La apoderada del demandante, igualmente allegó escrito de alegaciones en el cual solicitó que se acoja la regla jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia contenida en las sentencias cuyos radicados relacionó en su escrito; reiteró lo dicho en la demanda frente a la forma en que se produjo el traslado del actor, esto es sin la información necesaria que le hubiera permitido adoptar una decisión que no lo perjudicara al no haber probado en el juicio la parte demandada el cumplimiento de ese deber. Con esos argumentos pidió confirmar la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El señor JOHN EDGAR SILVA BERNAL, pretendió se declare la nulidad del traslado que realizó del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., efectuado en el mes de junio de 2000 y como consecuencia peticiona el regreso automático a COLPENSIONES, entidad a la cual solicita sean remitidos todos los valores que el Fondo privado hubiere recibido con motivo de la afiliación.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones el 14 de septiembre de 1990, al ISS, y en el mes de junio de 2000 se trasladó al Fondo privado, sin que se le hubiera brindado la información necesaria y precisa sobre las consecuencias de ese traslado, ni las condiciones para pensionarse; informó que el 29 de septiembre de 2009 se trasladó a Colfondos S.A., porque un asesor de ese Fondo lo convenció con el argumento de que se trataba de una entidad mucho más eficiente en el manejo de los recursos de las cuentas de ahorro individual. Manifestó que años después y por encontrarse cercana la fecha para el reconocimiento pensional solicitó a Porvenir realizar una simulación pensional y se evidenció que la mesada pensional que recibiría en Colpensiones sería 5 o 6 veces mayor a la que obtendrá en el Fondo, por lo cual solicitó regresar al régimen anterior.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, Ley 100 de 1993, Decreto 720 de 1994, artículos 1109, 1110, 1116 y 1603 del Código Civil; e hizo referencia a las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicación 31989 de 2008, 31314 de 2008 y 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. contestó a través del escrito incorporado a folios 79 a 90, en el que se opuso a lo pretendido en la demanda al considerar improcedente la solicitud de nulidad del traslado efectuada por el actor a ese Fondo porque no existe vicio alguno del consentimiento y la decisión fue adoptada de manera libre y voluntaria de acuerdo con la información que le fue suministrada, sin que se configuren las condiciones legales para invalidar ese acto de afiliación; señaló que en este caso no es aplicable el precedente jurisprudencial. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento, debida asesoría del Fondo y la genérica.

COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece de folios 116 a 140 del plenario, en el que se opone a todas y cada

una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el demandante no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así mismo dijo que la solicitud de traslado objeto del litigio se efectúa cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para adquirir el estatus de pensionado por lo cual está prohibido legalmente de conformidad con el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que además no se dan las condiciones frente a la densidad de semanas, ni tiempo de servicio al momento del traslado y sostuvo que en esa filiación no se presenta causal de nulidad. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas para entidades administradoras de la seguridad social y la genérica.

COLFONDOS S.A. contestó la demanda a través de su apoderada con el escrito que obra a folios 174 a 176 con oposición a las pretensiones al manifestar que el actor no ha estado afiliado a ese Fondo por lo cual no se ha administrado su cuenta de ahorro individual, ni se han recibido aportes por concepto de pensión. Propuso las excepciones de inexistencia de afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de enero de 2020, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, saneamiento de la nulidad y prescripción propuestas por las demandadas según las razones expuestas, y DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la afiliación, inexistencia de las obligaciones, propuestas por COLFONDOS S.A., en la forma expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO. ABOLVER a COLFONDOS S.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante conforme lo expuesto.

TERCERO: DECLARAR que el traslado del Sr JOHN EDGAR SILVA BERNAL identificado con CC 19.489.399 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado inicialmente por la

Administradora de Fondos de Pensiones HORIZONTE S.A., entidad luego absorbida por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

CUARTO: DECLARAR que el demandante Sr. Silva Bernal se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, hoy a cargo de COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

QUINTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que conformen la cuenta de ahorro individual del demandante tales como cotizaciones, aportes, rendimientos, intereses, sin que haya lugar a descuento por ningún concepto.

SEXTO. ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor del demandante, que efectúe POVENIR S.A. y convalidarlos en la historia laboral para efectos de las semanas a que hubiese lugar en ese régimen pensional.

SÉPTIMO. CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y se incluyan agencias en derecho a cargo de cada por valor de \$800.000 M/cte.

OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS al demandante a favor de COLFONDOS S.A., incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$250.000 M/Cte.

NOVENO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia con el H. Tribunal Superior Sala Laboral a favor de COLPENSIONES."

El A-quo, luego de referirse a las sentencias proferidas por la H. Corte Constitucional frente al tema del traslado de régimen pensional, manifestó que el demandante no encaja dentro de ninguna de las hipótesis contenidas en la referida jurisprudencia para ser acreedor a un retorno automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; no obstante consideró que a partir del formulario de afiliación suscrito por el actor no se puede tener por acreditada la información suficiente que debió brindar el Fondo en la etapa precontractual para que el afiliado pudiera adoptar una decisión informada al momento de vincularse, ni tampoco acreditó haberle dado la posterior información frente a las condiciones concretas de su derecho pensional, así como las diferencias entre uno y otro sistema. Se refirió al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para determinar que existe una obligación de los Fondos pensionales de suministrar la información requerida por sus clientes. Citó

la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 31989 de 2008. Sostuvo que, al no acreditarse vinculación del demandante a COLFONDOS S.A., resultaba consecuente su absolución.

IV. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Fundamentó su solicitud de revocar la sentencia recurrida en que las obligaciones de brindar una información completa y detallada a los afiliados de los Fondos de pensiones ha sido modificada y perfeccionada a través del tiempo, y esa obligación de documentar tuvo lugar con posterioridad a la fecha del traslado del actor al RAIS, por lo cual no se puede decir que hubo omisión o engaño por parte del Fondo demandado; en cuanto a la carga de la prueba en el juicio sostuvo que existe el principio constitucional de inocencia hasta que se demuestre lo contrario y por ello las afirmaciones de la parte actora frente a conductas dolosas por parte del Fondo, debieron ser probadas por la parte que las aduce y no por la demandada. Se refirió a la grave afectación económica que se genera al Régimen de Prima Media cuando se ordena el traslado a Colpensiones de una persona que no ha contribuido con sus aportes a la financiación del sistema contrario a lo que han hecho quienes durante toda su vida han cotizado a este régimen; por otra parte el demandante, como bien lo señaló el Juzgado no reunió ninguna de las condiciones fijadas para que fuera viable su retorno al Régimen de prima Media, además de estar dentro de la prohibición legal que hace inviable el traslado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, 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 Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

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 el 19 de junio de 2000, el demandante suscribió formulario de afiliación a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. documento que obra a folio 47 del plenario.

Del interrogatorio de parte, absuelto por el actor, se establece que al momento de efectuar su traslado al Fondo privado se desempeñaba como Gerente de la sociedad para la cual laboraba y con su actual empleador tiene el cargo de Director Administrativo; afirmó que para dicho traslado no recibió información clara y específica sobre las condiciones para pensionarse en ese régimen, ni contó con una proyección de su mesada pensional, la cual solo le fue le fue suministrada hasta el mes de marzo de 2018.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta 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.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.