



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JULIO SANCHEZ GUTIERREZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 002 2019 00635 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de septiembre de 2021.

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

COLPENSIONES., solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida al considerar que no obra prueba alguna que demuestre que es en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, precisa que no se encuentra frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y Porvenir por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

El apoderado de PORVENIR solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

El señor JULIO SANCHEZ GUTIERREZ, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la afiliación que realizó a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de lo anterior ordenar a la AFP que trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos y por consiguiente este acepte y reciba dicho traslado.

Sustento sus pretensiones, que nació el 21 de marzo de 1958, que inicialmente se vinculó al régimen de prima media desde el 1 de marzo de 1980, sostiene que el 1 de junio de 2004, se trasladó a Porvenir S.A., precisó que al momento de la mencionada afiliación se brindó información sobre las ventajas del RAIS, pero en ningún momento se le informó sobre las desventajas, características, condiciones, diferencias frente a cada uno de los regímenes pensionales.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48, 49, 53, 335 a la Constitución Política, los artículos 1603 y 1746 del Código Civil, los artículos 1, 2, 5, 11,12, 26, 33,39, 40, 42, 48, 49,50, 51, 52, 54,74 del Código Procesal del Trabajo, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, los artículos 1, 2, 3, 4, 8, 10, 11, 12, 13,14,21,33, 34,36, 64, 97,100 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículo 1, 14,15 y 35 del Decreto 565 de 1994, los articulo 3,97 y 98 del Decreto 663 de 1993, los artículos 3, 4,12,15 del Decreto 720 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las

pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la afiliación del demandante con la AFP fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor JULIO SANCHEZ GUTIERREZ, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.392.264, al régimen de ahorro individual, realizado el 22 de abril de 2004, a BBVAHORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante JULIO SANCHEZGUTIERREZ, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.392.264, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 01 de marzo de 1980, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y

demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante JULIO SANCHEZ GUTIERREZ, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.392.264, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

SEXTO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad a los artículos 13 literal b, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 3 de la Ley 1328 de 1998 y el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y en general las normas laborales, las mismas han evolucionado para establecer la obligación del deber de información a cargo de la administradora de fondos de pensiones en tres etapas, de conformidad a lo manifestado por la H. Corte Suprema de Justicia la tercera etapa del deber de información es la asesoría y buen consejo y doble asesoría recoge los presupuestos anteriores, así como también lleva inmersa el derecho a obtener la asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales, se ha precisado que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, luego el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado dicho deber.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no procede la declaratoria de ineficacia por parte de la AFP dado que de manera expresa la norma prevé que para que se de su declaratoria deben existir actos que impiden o atentan en contra de la libertad de afiliación, aunado precisó que no se comparte que el formulario de afiliación sea un simple formato, porque precisamente es el cumplimiento de la Ley 100 de 1993 y es la materialización de que la información se suministró, resalto que para fecha

en que se diligencio el referido formulario no existía el buen consejo, por otro lado indico que frente a la condena de gastos de administración la Superintendencia Financiera de Colombia ha indicado taxativamente que en el evento en que proceda la nulidad o la ineficacia del traslado las sumas a retornar, serán los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, es decir lo que estableció la Ley 100 de 1993 en su artículo 13 literal b, los gastos de administración no entran a financiar la prestación de vejez, ya que son resultado de la buena administración que realizo la AFP y muestra de ello son los rendimientos que se generaron.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó sea revocada de forma integral la sentencia proferida, teniendo en cuenta que la afiliación no es un acto unilateral y de conformidad con el artículo 1495 del Código Civil ello conduce a generar obligaciones para ambas partes, esto es que si bien la AFP tiene la obligación de informar al potencial afiliado, también este debe estar lo suficiente informado, así mismo cuando se guarda silencio la Corte ha establecido que se está ante una afiliación tacita, de igual medida cuando se traslada al demandante a Colpensiones se atenta directamente contra el principio de la relatividad de los negocios jurídicos, ya que dicha afiliación contraería situaciones adversas para la entidad como lo es el principio de la sostenibilidad financiera, pues descapitaliza el fondo común, igualmente indicó que el demandante incumplió con sus deberes de consumidor financiero, por lo que no es procedente declarar la ineficacia del traslado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A, el 22 de abril de 2004.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Porvenir S.A., de forma individual le indicó que el Seguro Social se iba a acabar y que lo más seguro era afiliarse a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A, así como también que podría pensionarse de manera anticipada.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 15 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MYRIAM CRISTINA TRIVIÑO ALDANA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A Y COLFONODOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 11001 3105 010 2019 00059 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37627008 y tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados Protección y Colfondos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de agosto de 2021.

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

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

A su vez, el apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que dentro del proceso quedó probado, que la actora no le fue suministrada la información suficiente, veraz y objetiva, cuando realizó su traslado primigenio del antiguo ISS hoy Colpensiones a AFP Santander hoy Protección S.A., ni posterior a ello; de igual forma no se aportó por parte de ese fondo privado el acta o documento donde conste o se pruebe de manera si quiera sumaria de que se le entregó la información necesaria para tomar una decisión.

I. ANTECEDENTES

La señora MYRIAM CRISTINA TRIVIÑO ALDANA, pretende que se declare la nulidad que realizó el 28 de septiembre de 1994, a Colfondos S.A y posteriormente a Protección S.A., y como consecuencia de ello se declare valida y vigente la afiliación al Régimen de Prima Media y por consiguiente ordenar a Colpensiones a recibir y a retornar la afiliación, de manera inmediata y automática.

Sustento sus pretensiones, en que desde inició de su vida laboral los aportes a pensiones se realizaron al Instituto del Seguro Social desde 1989 hasta agosto 2000, sin embargo la administradora traslado erróneamente al RAIS en virtud del fenómeno conocido como traslado aparente. Sostuvo, que en el mes de junio de 2000, al encontrarse laborando en la Fundación Universitaria Autónoma de Colombia los asesores comerciales de Protección S.A., le presentaron como buena opción para trasladarse de Régimen pensional y no le suministró en ningún tipo de información para realizar de

manera consciente e ilustrada su traslado, ni realizó ningún tipo de asesoría sobre el impacto y el alcance que tendría para ella ese cambio de régimen.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 1502, 1740 y 1741 del Código Civil, la Ley 1328 de 2009 y las sentencias de la H. Corte Constitucional con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 108 al 113 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la fecha en que se efectuó el traslado de la actora del RPM al RAIS tiene plena validez y la afirmación de vicio de consentimiento acaecida en el proceso de traslado debe ser probado en el transcurso del presente trámite judicial. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda visibles a folios 131 a 139 del plenario, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no existió omisión del deber de información por parte de la AFP, como quiera que el contrato de afiliación celebrado con el mismo es plenamente válida y eficaz, ya que en su celebración se reunieron todos los requisitos para su existencia, eficacia y validez. Propuso entre otras las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con Santander hoy Protección, prescripción, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de agosto de 2021, el Juzgado Decimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante señora MIRYAM CRISTINA TRIVIÑO ALDANA a la sociedad COLFONDOS S.A.

PENSIONES Y CESANTIAS., mediante la suscripción de afiliación realizada el 28/07/1994 y así misma la ineficacia del subsiguiente traslado realizado por la demandante en el año 2000 a AFP PROTECCION S.A., en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora MIRYAM CRISTINA TRIVIÑO ALDANA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONODOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MIRYAM CRISTINA TRIVIÑO ALDANA, como cotizaciones, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo realizar la devolución de gastos y cuotas de administración con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados corresponda a lo ordenado en esta sentencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONE, de las sumas descontadas a la demandante por concepto de gastos y cuotas de administración y debidamente indexadas, para ello se otorga el termino de 15 días hábiles a la ejecutoria de la presente providencia con los documentos correspondientes para que se pueda establecer por parte de COLPENSIONES que se hubiese hecho las devoluciones ordenadas en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PROTECCION S.A Y AFP COLFONDOS S.A., debe proceder a revisar que la devolución de rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral del demandante para efectos de pensiones, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas conforme lo expuesto.

SEPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP COLFONDOS S.A y a favor de la demandante, por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$9000.000.

OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se sura el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia

del traslado, la cual ha manifestado que es necesario que la administradora del fondo de pensión demuestre que ha cumplido con el deber de información y de buen consejo, al haber dado una asesoría personalizada y completa al potencial afiliado, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, y que se da una inversión de la carga de la prueba en cabeza de los fondos de pensiones quienes son los llamados a demostrar dentro del proceso que efectivamente cumplieron con ese deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia proferida frente a la condena de devolver los gastos de administración debidamente indexados, al considerar que las actuaciones de la AFP han estado ceñidas a las Constitución y la Ley, por lo que la comisión de manejo de aportes obligatorios son de consagración legal y se encuentran contemplado en el artículos 20 de la Ley 100 de 1993, en donde señala las características RAIS, por lo que se está legalmente facultado por para cobrar dichos montos. Preciso que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior y en ese sentido se debe entender que el contrato nunca existió y por ende Colfondos nunca debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual y por lo tanto no existieron rendimientos, luego devolver dichos montos se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

PROTECCION S.A, interpuso recurso de apelación parcial en lo referente con la devolución de gastos de administración al considerar que en esta oportunidad se declaró la ineficacia del traslado y únicamente sería procedente la devolución de los aportes y los rendimientos financieros mas no sería procedente ordenar junto con esto los gastos de administración teniendo en cuenta que dichos gastos fueron descontados conforme a la Ley, resaltó el artículo 1746 que trata de las restituciones mutuas y lo que se evidencia es la buena gestión de Protección por lo que no sería viable que devolvieran unos rendimientos financieros, causándose de esta manera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y

realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible a folio 140 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Santander S.A hoy Protección S.A, el 20 de junio de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor comercial de Protección S.A., le indicó que el Seguro Social se iba acabar y por tanto el fondo privado los iba a acoger, señaló que por directriz del área de talento humano se diligenció el formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Decimó Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 19 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BENEDICTO VARON PINEDA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y SKANDIA S.A.

RADICADO: 11001 3105 011 2019 00213 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de agosto de 2021.

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

COLPENSIONES., solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio en el consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, sin que se encuentre frente a un error sobre un punto de derecho que no tenga fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia apelada al considerar que el actor tiene derecho a que se declare la ineficacia del traslado que se realizó el 11 de abril de 1996 a Colfondos S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones.

I. ANTECEDENTES

El señor BENEDICTO VARON PINEDA, pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A el 11 de abril de 1996, así como también el que realizó a SKANDIA S.A el 28 de mayo de 2004., en razón a que en la etapa precontractual no se le brindo la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensional y en especial la situación personal y concreta del demandante. Como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y por consiguiente se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados al demandante como si nunca se hubiera trasladado.

Sustento sus pretensiones, en que se trasladó del ISS a Colfondos S.A el 11 de abril de 1996, sostuvo que dicha afiliación contiene inconsistencia debido a que el diligenciamiento de la vinculación no registra la firma del empleador y por ende no se cumplen los requisitos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, aunado a ello indicó que el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna sobre el los regímenes pensional, situación que igualmente aconteció con el traslado que realizó a Skandia S.A., el 28 de mayo de 2004.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49,53 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 del 22 de noviembre de 2011, 54814 del 14 de noviembre de 2018 y 47125 del 14 de noviembre de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la AFP si brindo al actor una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho Régimen el funcionamiento el mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación definida, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de afiliación, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Por su parte, SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que de acuerdo con la ley la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, en tal sentido al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, confirme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de agosto de 2021, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó el demandante BENEDICTO VARÓN PINEDA del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOSS.A.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTUALS.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del actor como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOSS.A. y OLD MUTUAL S.A. reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados al actor, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros.

CUARTO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A., realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación del demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAFP (anulación a través de MANTIS) y que devuelva los aportes a Colpensiones junto con la entrega del archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte al actor en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

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

SÉPTIMO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.

OCTAVO: CONSULTAR esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que no se puede brindar cualquier tipo de asesoría sino únicamente la que permita el ejercicio de lo que se ha denominado la libertad informada, cuya infracción castiga el legislador en la medida que indica que cualquiera que atente contra esa libertad de elección se hace merecedor entre otras sanciones a la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que ese tipo de normas obedece al reconocimiento que hace el legislador de la asimetría de la información que existe entre las administradoras y sus potenciales afiliados, así como la trascendencia en la vida de los ciudadanos de la decisión de afiliarse y de pertenecer a uno u otro régimen pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de SKANDIA S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia de manera parcial en relación a la condena de devolver a Colpensiones lo descontado por cuotas de administración, al considerar que de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en su literal b indica que tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual del ingreso base de cotización se destina un porcentaje a gastos de administración un prima de reaseguros y unas primas de invalidez y sobrevivientes, así como también el Decreto 692 de 1994, que en su artículo 36 trata de la distribución de las cotizaciones, es así como debe hacerse un estudio de una ponderación objetiva en cuento a las restituciones mutuas a la confianza legítima y a la fe que ostenta la AFP, aunado resalta que las comisión de administración no es del afiliado, así como tampoco está destinada a financiar la pensión de vejez.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia de conformidad a que no debe declararse la ineficacia del traslado de régimen de prima media al RAIS, en la medida en que se pretende invalidar un acto que produjo efectos jurídicos, ya que el demandante efectuó aportes al fondo privado y aportes voluntarios, adquiriendo obligaciones, sin que se evidencia en el interrogatorio de parte que se hubiese hecho incurrir en error falta del deber de información o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento error, fuerza o dolo, quedándose demostrado que la afiliación se realizó de forma libre y voluntaria, señaló que la decisión de declarar la ineficacia quebranta el principio de sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del

traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener

una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios de afiliación a Colfondos S.A, el 11 de abril de 1996 y a Skandia S.A., el 28 de mayo de 2004.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Colfondos S.A., que le indicó las ventajas de trasladarse de régimen pensional, como lo era el pensionarse de manera anticipada, obtener una mejor pensión y que el Seguro Social se iba a acabar y por tal motivo se diligenció el formulario de afiliación, posteriormente precisó que para el año 2004 recibió llamada reiteradas de asesores de Skandia donde le solicitaban la oportunidad de presentar a Old Mutual como uno de los fondos que tenían una gran reputación de manejo de pensiones y por tal motivo se otorgó una cita al asesor y se diligenció el formulario de vinculación.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 12 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE DE JESUS PAEZ SOLANO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2019 00611 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37627008 y tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de agosto de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del

traslado teniendo en cuenta que el demandante fue informado por el fondo al que se encuentra afiliado de forma veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende que se declare la nulidad absoluta y/o ineficacia del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia de lo anterior se declare que siempre estuvo afiliado al RPM administrado por Colpensiones y por consiguiente se ordene a la AFP trasladar el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual.

Sustento sus pretensiones, en que cotizó inicialmente a pensiones en el Instituto de Seguros Sociales, desde el 6 de mayo de 1975 hasta el 30 de noviembre de 1994, que a partir del 1 de diciembre de 1994, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., sin que se le suministrara las respectivas ilustraciones y/o informaciones propias que debe proveerse a un individuo previo al momento de ser afiliado o trasladado de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 17, 36, y 141 de la Ley 100 de 1993, los artículos 4 y 9 de la Ley 797 de 2003; los artículos 12 y 20 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758; las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31314 de 2018, 33083 de 2011 y 42289 de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 51 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que el traslado a la AFP se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de Régimen Pensional consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 sino plenamente valido por haberse realizado conforme a las exigencias legales y normativas vigentes a dicha data. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folio 95, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante a la AFP, fue producto de una decisión libre y voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de agosto de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por el señor JOSE DE JESUS PAEZ SOLANO al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de diciembre de 1994, a través de PORVENIR, conforme lo expuesto.

SEGUNDO : DECLARAR válidamente vinculado al señor JOSÉ DE JESÚS PÁEZ SOLANO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDERAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor JOSE DE JESUS PAEZ SOLANO como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que

permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, incluidos los cobrados pro HORIZONTE.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación del señor JOSE DE JESUS PAEZ SOLANO al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingrese los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la cantidad \$2.000.000.

SEPTIMO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial Bogotá, por lo expuesto.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en relación a la escogencia de régimen esta debe ser libre, voluntaria y plenamente informada, siendo un requisito de existencia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, agregó que al no existir la mencionada figura se está en presencia de la nulidad o la ineficacia, por otro lado manifestó que el deber de información que recae en las administradoras de pensiones y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho deber.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en consideración a que no se comparte la decisión declarar la ineficacia de traslado y los efectos jurídicos, ya que con la misma se están afectando 3 principios fundamentales del derecho como lo son la confianza legítima, inescindibilidad de la norma y la sostenibilidad financiera, en razón a que la Corte Suprema de Justicia le resta valor probatorio al formulario de afiliación que según las normas de la época probaban el requisitos de existencia y validez, ya que obliga a la AFP presentar una prueba que no existe como la información que se le brindo al momento del traslado, sin que se tuviera en cuenta el formulario de afiliación, aunado señaló la sentencia C-345 de 2017 de la Corte Constitucional en relación al efecto de la ineficacia el traslado de los

recursos debe realizarse de conformidad en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, agregó que se configura un enriquecimiento sin causa a favor del demandante, debido a que los rendimientos acrecientan el patrimonio en semanas, así como también la condena impuesta de restituir los gastos de administración de su propio patrimonio y por ultimo expreso que en relación a las costas impuestas indicó que al ser Colpensiones vencida en juicio deberá ser condenada en juicio o en su defecto al no lograrse probar su generación se debe absolver a la AFP.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

previando la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible en el expediente a folio 95 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 22 de noviembre de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo una asesora de Porvenir S.A., le indicó que el Seguro Social de liquidaría y la única alternativa era trasladarse a dicho fondo, sin que recuerde en que momento suscribió el formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la recurrente en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral

1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se adicionara el numeral Sexto de la sentencia proferida en primera instancia en el sentido de condenar en costas a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el ordinal Sexto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 24 de agosto de 2021, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de condenar en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RODRIGO WENCESLAO
MIRANDA MALAGON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCION S S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 016 2019 00770 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Protección S.A, Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de septiembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y las AFP es nulo, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrador por el Instituto de los seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

El apoderado de PORVENIR S.A., solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, con fundamento en que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte actora, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil.

I. ANTECEDENTES

El señor RODRIGO WENCESLAO MIRANDA, pretende que se declare la nulidad de la afiliación que realizó el 1 de abril de 1994 a Porvenir S.A., así como también la que efectuó a Protección S.A., el 1 de septiembre de 2007 y como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones sin solución de continuidad a recibirlo y afiliarlo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sustento sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 28 de agosto de 1986, teniendo como empleador del Hospital San Rafael, que a partir del 1 de abril de 1994, los asesores comerciales de Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., indujeron mediante engaños el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, toda vez que no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53,58 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencias de la H. Corte Suprema

de Justicia con radicados números 54814 de 2018, 46292 de 2017, 33083 de 2011 y 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario a folio 76, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la afiliación que realizó el actor a Porvenir S.A., no existió vicio de consentimiento por falta de información, toda vez que para la fecha afiliación los asesores comerciales daban información detallada y necesaria para que el posible afiliado tomara una decisión. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

Por su parte, PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

Entre tanto PORVENIR., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que la afiliación que realizó el actor fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de septiembre de 2021, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional, desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida hacia el Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad, que surtió el demandante RORDRIGO WENCESLAO MIRANDA MALAGON, con cedula de ciudadanía N°11.306.428, al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., la cual conlleva también a la ineficacia del traslado horizontal que efectuó el demandante a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 2007.

SEGUNDO: Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se CONDENAN a la demandada AFP PROTECCION S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, incluyendo intereses, réditos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y en general toda suma que se haya recibido en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor del demandante.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recepcionar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, conforme lo condenado en esta sentencia, y a reactivar así la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, declarándose que este es el único régimen pensional al cual válidamente se ha encontrado afiliado el demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia a las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., y en favor de la parte demandante, practíquese la liquidación por Secretaria, incluyendo el monto de MEDIO (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las demandadas, y sin costas en contra de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cubija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición, aunado a ello, resaltó que no es suficiente con la firma de afiliación ya que no demuestra ese deber de información, dando lugar de esta manera declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y solicitó se revoque la misma, al considerar que no hay una razón jurídica para declarar la ineficacia del traslado, que realizó el actor para el año 1994, teniendo en cuenta que Horizonte hoy Porvenir cumplió con todas las obligaciones que estaban a su cargo, conforme lo estipula el artículo 97 del Decreto 663 en suministrar

una información detallada, clara y concisa de todas las características de los regímenes pensionales, precisó que dichas asesorías se realizaban de forma parcial de conformidad con la normatividad vigente para el momento, razón por la cual no se le puede obligar a la AFP a cumplir con lo imposible, resaltó que hay que tener en cuenta los actos de relacionamiento, ya que el actor se trasladó posteriormente a Protección S.A., ratificando su deseo de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

PROTECCION S.A, interpuso recurso de apelación con fundamento en que de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia el efecto que le corresponde a la ineficacia es propiamente la inexistencia, en consecuencia tampoco se han causado rendimientos y tampoco se ha descontado lo correspondiente a la cuota de administración y seguro previsional, por ello lo lógicamente congruente es trasladar a Colpensiones las cotizaciones integras sin haber descuento alguno por concepto de gastos de adicionales, pero conservando por parte de la AFP lo generado por concepto de rendimientos, ya que trasladar dichos montos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Por otro lado COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y reiteró los argumentos esbozados en los alegatos de conclusión, en consideración a que la declaratoria de ineficacia de la afiliación vulnera y quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, ya que Colpensiones no puede asumir el arrepentimiento del actor habiendo ejercido su derecho a la libre escogencia, toda vez que no existe prueba que viciara la manifestación de su voluntad, sobre todo su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual durante tantos años, razón por la cual solicitó se revoque la decisión de primera instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente visibles a folios 117 y 120 se evidencia formularios de afiliación a Porvenir S.A, el 8 de junio de 1994 y a Protección S.A., el 25 de julio de 2007.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 20 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIRO GUTIERREZ CARMONA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 017 2018 00691 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37627008 y tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el 6 de agosto de 2021.

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

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

El apoderado de la parte demandante manifestó que en el presente asunto la Corte Suprema de Justicia ha sido muy enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los Fondos Privados de Pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se dio cumplimiento con el deber de información, aunado señalo que no se requiere tener un beneficio de transición para que proceda la ineficacia del traslado de régimen de pensiones, ya que el deber de información aplica a todos.

Finalmente la AFP Porvenir S.A., solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida, toda vez que no le asiste razón al fallador, por cuanto en el asunto no se alegó y menos probó los eventos previsto en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que dicho acto goce de plena validez.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende que se declare la nulidad de traslado y afiliación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual son Solidaridad administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia de lo anterior se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor. Sustento sus pretensiones, en que inicialmente cotizó al RPM, posteriormente en el mes julio de 200, un asesor de Porvenir S.A., lo persuadió de trasladarse de régimen con información errada y sin ningún tipo de asesoría profesional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 3466 de 1982, la Ley 1328 de 2009, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 46292,12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que no se allega al plenario prueba alguna que permita establecer la configuración de causales de nulidad como quiera que las mismas se encuentran taxativas en la Ley. Propuso las excepciones del error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Entre tanto PORVENIR S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que la afiliación que realizó la actora con la AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 6 de agosto de 2021, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: 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 sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que el traslado del Sr. JAIRO GUTIÉRREZ CARMONA identificado con la C.C.19.214.363, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por PORVENIRS.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

TERCERO: DECLARAR que el demandante señor GUTIÉRREZ CARMONA, se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, con motivo del traslado del demandante, señor GUTIÉRREZ CARMONA, tales como cotizaciones, sumas adicionales

de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin autorizar a PORVENIR S.A., a efectuar descuento alguno, ni siquiera a título de gastos de administración, los cuales deberán ser asumidos por PORVENIR S.A., de su propio patrimonio.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES, recibir el traslado de fondos a favor del demandante, que efectúe PORVENIR S.A., ya convalidarlos en la historia laboral del demandante, para el efecto de la suma de semanas a que haya lugar.

SEXTO: SE DISPONE CONDENAR EN COSTAS A COLPENSIONES Y A PORVENIR S.A. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

SÉPTIMO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES. Remítase el expediente ala sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado que las AFP deben obtener el consentimiento informado, ya que dicho procedimiento garantiza que antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio el usuario comprenda las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación, por lo que el formulario de afiliación resulta insuficiente para tener por demostrado que se cumplió en debida forma con ese deber de información, el cual ha sido reseñado por el legislador desde la Ley 100 de 1993 y posteriormente a través del Decreto 663 de 1993, norma por la cual se consagro el estatuto orgánico del sistema financiero colombiano.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, en consideración en que no se comparte de la decisión de declararse la ineficacia de traslado ni tampoco los efectos jurídicos que se dieron en sentido estricto con fundamento en la sentencia C-345 de 2017 de la Corte Constitucional, precisó que se incumplen tres principios fundamentales como lo son la confianza legítima, inescindibilidad de la norma y la sostenibilidad financiera, en razón a que la Corte Suprema de Justicia le resta valor probatorio al formulario de afiliación que según las normas de la época probaban el requisitos de existencia y validez, ya que obliga a la AFP presentar una prueba que no existe como la información que se le brindo al momento del traslado, sin que se tuviera en cuenta el formulario de afiliación, aunado señaló la sentencia C-345 de 2017 de la

Corte Constitucional en relación al efecto de la ineficacia el traslado de los recursos debe realizarse de conformidad en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, agregó que en lo referente a gastos de administración son obligaciones de tracto sucesivo sin que se probara la mala fe de la AFP, sin que se tenga fundamento legal la condena impuesta de restituir dichos montos de su propio patrimonio, aunado señaló que no son dineros propios para financiar la pensión esto de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia solicitó se revoque la sentencia y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, en consideración a que la sentencia es violatoria de las normativas legales como lo son el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, los artículos 9, 11, 1506 y 1754 del Código Civil, resaltó que frente al traslado que realizó el demandante al RAIS en el año 2000, indica que esos aportes se hicieron con plena voluntad del cotizante y dicha voluntad se vio ratificada por más de 21 años que ha permanecido en el dicho régimen, precisó que no existe solicitud a Colpensiones sobre información sobre diferencias de un régimen a otro, señaló que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal. Por otro lado, resaltó que no es razonable imponer a las administradores soporte de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, finalmente resaltó que no es dable imponer costas en razón al artículo 48 de la Constitución Política, ya que el Fondo ha actuado conforme al principio de buena fe y la legalidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A, el 10 de abril de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Porvenir S.A, de forma general le indicó que existían los fondos privados los cuales tenían más ventajas que estar en el Seguro Social debido a que dicho fondo se iba acabar y por tanto perdería su pensión y si se trasladaba la pensión estaba asegurada y obtendría beneficios como lo era que en caso de fallecimiento la mesada pensional la podrían recibir sus familiares.

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

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

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

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

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

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte recurrente en relación a la imposición de costas a las demandadas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 6 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

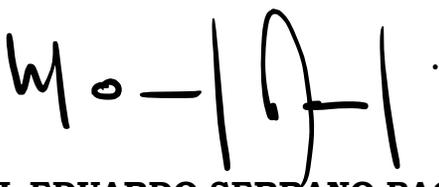
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SANDRA PATRICIA CHIA GONZALEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 022 2019 00737 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de julio de 2021.

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

COLPENSIONES, manifestó que dentro del plenario que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de la que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se puede remitir como actuar tozudo por parte del fondo al no aceptar el traslado, toda vez que actuó ajustándose al régimen legal que le precede.

El apoderado de PORVENIR solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que en el presente asunto, no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o sigüiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

El apoderado de la parte demandante, solicito se conforme la sentencia de primera instancia mediante el cual declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional de la parte demandante, atendiendo el criterio reiterado, pacífico y de antaño que se ha decidido por la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en infinidad de decisiones, entre ellas, las sentencias 33.083, 31.989, SL 4806/20, SL 4388/20, SL 4934/20, SL 3060/20, SL 2251/20, SL4161/20, SL145/21 y SL081/21.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó al del Régimen de Prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro individual y en consecuencia ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación de la actora y en virtud del regreso automático al RPM, se devuelva todos los valores como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales como frutos e intereses como lo disponer el artículo 1746 del Código Civil.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 10 de diciembre de 1966, que se afilió al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida administrado por el Seguro Social hasta agosto de 1994, señaló que en el mes julio de 1994, se trasladó a la AFP Porvenir S.A., que le ofrecieron la opción de traslado de régimen asegurándole que el fondo contaba con mayores beneficios y garantías frente a su situación pensional, omitiendo de manera clara y puntual la naturaleza del régimen privado de pensiones

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado numero 68838 de 2019, 31989 de 2008, 56174 de 2019, 31314 de 2008 y 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que el traslado que realizó la actora fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de la afiliación de reiterarle el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales individuales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento publico en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error, por parte de la AFP, o de que se este en presencia de algún vicio en el consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la actora. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de julio de 2021, el Juzgado Veintidos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por Sandra Patricia Chía González CC 39.540.194, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido 11 de agosto de 1994, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliada Sandra Patricia Chía González CC 39.540.194 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR. en costas a PORVENIR S.A a la suma de \$1 SMLMV.

QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSULTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocerlas diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, señaló que en cuanto al simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación se ha dicho que no es suficiente para demostrar ese deber de información, resaltó que la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que no le asiste razón al Juez primigenio al declarar la ineficacia de traslado con base en una falta de información, cuando no le era obligatorio a la AFP brindar la misma, teniendo la normativa vigente para la época, esto es para el año 1994, que señala que a los afiliados se les debe dar una información clara, completa y entendible referente a los dos regímenes y así lo hizo la AFP que cumplió con todas sus obligaciones a su cargo, inclusive la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual ha sido una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado con el tiempo, sin que existan vicios en el consentimiento, resaltó que en el presente caso se da el fenómeno de los actos de relacionamiento pronunciados por la H. Corte Suprema de Justicia. Por otro lado precisó que en relación a los gastos de administración no es factible realizar la devolución de dichos montos, toda vez que de conformidad a la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento

de la cotización a financiar gastos de administración, la pensión de invalidez y sobreviviente, sin que dichos montos formen parte de la pensión de vejez y por ello están llamados a la prescripción, de conformidad con pronunciamiento de la Superintendencia Financiera que en los eventos en que surja una ineficacia del traslado los únicos dineros que habría que retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado.

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se hizo un análisis del literal E de la Ley 100 de 1993, aunado señaló que de conformidad con los medios probatorios aportados en el plenario se encuentra que la motivación de la demandante para retornar al régimen de prima media con prestación definida es incrementar el valor de su mesada pensional, sin que exista una falta al deber de información por parte de Porvenir.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de

pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo unos asesores de Colpatria de forma grupal le indicaron la posibilidad de trasladarse, toda vez que el Seguro Social se iba a acabar, así como también tendría la posibilidad de pensionarse de menor edad y posteriormente se trasladó a Horizonte S.A y Porvenir S.A.

Así las cosas, de los medios probatorios arrojados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 14 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CAROLINA DEL PERPETUO SOCORRO PUERTO OBREGON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00124 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de junio de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que no es dable el reconocimiento de nulidad de traslado solicitado por la actora, teniendo en cuenta que si bien en los fallos de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos indistintamente que los accionante sean o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el tiempo, luego para el año 1999 cuando se trasladó la accionante, si bien la Ley 100 de 1993, se hablaba de la elección de régimen , la misma no habla de hacer

comparaciones, o simulaciones, teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad o fluctuaciones del mercado.

La apoderada de la parte demandante solicitó confirmar la sentencia de primera instancia al considerar que la demandada al momento de obtener la afiliación, faltó a su obligación de información, contenida entre otras normas al número 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, artículo 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y artículo 1603 del C.C.

El apoderado de PORVENIR solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFO sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La señora CAROLINA DEL PERPETUO SOCCORRO, pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó a Colpatria S.A hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de tal declaración se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación a Colpensiones y por consiguiente se ordena a la AFP trasladar el valor de los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, rendimientos financieros que se hubieren causado y cuotas de administración.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 6 de febrero de 1967, que se afilió al sistema de seguridad social el 1 de junio de 1990 hasta el 31 de agosto de 1996, precisó que el 12 de agosto de 1996, se trasladó a Colpatria hoy Porvenir debido a fue abordada en su sitio de trabajo por un asesor comercial que no le suministró información suficiente, mínima y necesaria que le permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos la toma de una decisión objetiva que se ajusta mejor a sus intereses.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 13, 20, 48, 53, 272, 335 de la Constitución Política, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el numeral 1 del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 4, 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 1603 del Código Civil, la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el Decreto 3800 de 2003, el artículo 9 de la Ley 1328 de 2009.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la vinculación que efectuó la demandante en el año 1996 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de sus decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal y como se aprecia en la solicitud de afiliación documento público de conformidad al artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, precisó que la afiliación que realizó a la AFP privada cuenta con validez, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas por la actora a dicho fondo, de manera libre, espontánea y voluntaria, sin que obre soporte alguno en el expediente que demuestre lo contrario, ni vicio del consentimiento alegado. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de la entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de junio de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante CAROLINA DEL PERPETUO SOCORRO PUERTO OBREGÓN al régimen de ahorro individual con solidaridad administrador por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PÓRVENIR a devolver o trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante CAROLINA DEL PERPETUO SOCORRO PUERTO OBREGÓN, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales, de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago.

TERCERO: DECLARAR a que la demandante CAROLINA DEL PERPETUO SOCORRO PUERTO OBREGON para efectos pensionales, se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.

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

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se sura el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información clara, cierta, comprensible, oportuna respecto de las características condiciones diferencias, consecuencias de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que no se valoró que el consentimiento informado de libre escogencia se materializó con la solicitud de afiliación documento público que no fue tachado de falso, ya que se hace constar que suscribe dicho formulario de manera libre, espontánea y sin presiones, conforme lo exigía el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, garantizándole a la actora el derecho al retracto, pues así lo dispuso el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, resaltó que se desconoce el principio de la autonomía de la voluntad que contaba la demandante en jurisprudencia constitucional. Por otro lado precisó que no precede una condena por gastos de administración, de conformidad a lo dispuesto inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento de cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, por lo que trasladar dichos montos generaría un enriquecimientos ilícito a favor de Colpensiones en la medida que no existe norma que disponga tal devolución.

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación u solicitó se revoque el fallo de primera instancia, teniendo en cuenta que si bien en los fallos de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos indistintamente que los accionante sean o no beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que ese deber de información ha venido variando con el tiempo, luego para el año 1999 cuando se trasladó la accionante, si bien la Ley 100 de 1993, se hablaba de la elección de régimen, la misma no trata de hacer comparaciones, o simulaciones, teniendo en cuenta el número de semanas de cotización, la edad o fluctuaciones del mercado, resaltó que el formulario de afiliación es completamente valido y fue realizado de forma libre, voluntaria y sin presiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colpatria S.A hoy Porvenir S.A, el 15 de agosto de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Colpatria S.A hoy Porvenir S.A que le indicó que el Seguro Social se iba a acabar y que las semanas que tenía cotizadas en dicho régimen lo iba a perder y que la única opción que tenía era afiliarse a un fondo privado, por tal motivo señala se trasladó de régimen pensional.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características,

condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 18 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROSA DEL PILAR JIMENEZ PADRON contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00455 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Porvenir, Protección y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de agosto de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que no se hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es, el retracto, el cual le da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección, ya sea del régimen pensional o de administradora dentro de los cinco días siguiente a la fecha en la cual aquel haya manifestado por escrito la correspondiente selección, resaltó que al momento de la afiliación al RAIS, se encontraba frente a una mera expectativa.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirma sentencia de primera instancia al considerar que está probado que la AFP Protección S.A., no actuó cumpliendo con su deber de información, ya que de conformidad con lo expuesto y verificado por el Juez primigenio, la demandada tenía a su cargo acreditar que así lo hizo, pero sobre el momento del traslado solo se aportó el formato de vinculación suscrito, que es un modelo pre impreso, del que no se infiere con certeza que si fue estudiada la situación pensional particular del actor.

A su vez, PORVENIR S.A., manifestó que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momentos, las cuales, señaló, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

Finalmente, PROTECCION S.A., precisó que la decisión tomada por el Juez primigenio corresponde a una interpretación errónea de la Ley 100 de 1993; en primera medida, porque resulta improcedente la devolución de gastos de administración, toda vez que la Ley en mención, en su artículo 20, en su redacción original, autorizaba tanto al Régimen de Prima Media como al Régimen de Ahorro Individual descontar de los aportes del afiliado el porcentaje correspondiente a gastos de administración; lo anterior, ratificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, norma que a la fecha se encuentra vigente.

I. ANTECEDENTES

La señora ROSA DEL PILAR JIMENEZ PADRON, pretende que se declare en primera medida que nunca perdió el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en segunda medida declarar la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual administrado por Protección S.A., y como consecuencia de dichas declaratorias ordenar a la AFP devolver todos los valores que hubieren recibido con motivo de la

afiliación indebida de la actora como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículos 1746 del Código Civil a Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 6 de febrero 1959, que estuvo vinculada laboralmente a entidades de orden territorial cotizando para pensión en la Caja de Previsión Social y posteriormente cotizó al Instituto de Seguros Social. Sostuvo que el 26 de septiembre de 1997 se trasladó al fondo de pensiones Protección S.A., habiendo cotizado más de 15 años de servicios cumpliendo con los requisitos establecidos tanto el artículo 36 y 151 de la Ley 100 de 1993, por otro lado señaló que los asesores de dicho fondo no le suministraron la información completa y comprensible sobre la elección de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2,4, 13, 25, 29, 39, 46, 48, 53, 93 de la Ley 100 de 1993, el artículo 36 de Ley 100 de 1993, el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 modificado por el Decreto 758 de 1990, el artículo 1746 del Código Civil, el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 3995 de 2008 y las sentencia de la H. Corte Constitucional C-1024 de 2004, C-789 de 2002 y SU 062 de 2010.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 107 al 119 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición dispuesta en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, ya que a la fecha cuenta con 59 años de edad y en consecuencia no puede actuar contrariando las disposiciones legales establecidas para el caso. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica de dar aplicación a la SU 062 de 2010, falta de causa para demandar, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, enriquecimiento sin justa causa y la genérica.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda visibles a folios 143 a 148 del plenario, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que en el año 1997 la demandante se trasladó de régimen de manera voluntaria a la y Porvenir S.A., en el año 2003 y en su momento se le informó los beneficios y desventajas del traslado de AFP de acuerdo con el caso particular. Propuso entre otras las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad, prescripción y la genérica.

Entre tanto PORVENIR S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal y como lo contempla el literal b del artículo 13 y el 271 de la Ley 100 de 1993 . Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de agosto de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ROSA PILAR JIMENEZ PADRON del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y el posterior traslado HORIZONTAL efectuado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE EPENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ROSA PILAR JIMENEZ PADRON como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, por el tiempo que estuvo afiliada en dicha entidad, conforme a lo aquí expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES tener como válidamente afiliado a la señora ROSA PILAR JIMENEZ PADRON al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR que la demandante fue beneficiaria del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, conforme lo establecido en la parte motiva de este proveído.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formularas por COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN Y PORVENIR.

SEPTIMO. CONDENAR a la demandada AFP porvenir EN LA SUMA DE \$1.000.000 como agencias en derecho a favor de la parte demandante. No condenar en costas a COLPENSIONES ni PROTECCION toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue la AFP PORVENIR.

Como fundamento de su decisión señaló que de conformidad a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia no basta con la suscripción del formulario el cual es un formato preimpreso que no tiene el mérito para demostrar que a la actora se le haya brindado una asesoría en los términos indicados por la Corte Suprema, adicionalmente resaltó que no se está pidiendo un documento adicional al formulario de afiliación, pues efectivamente cuando se dio el traslado inicial no existía la obligación de documentar las asesorías brindadas, sino lo que solicita es que se pruebe con cualquier medio probatorio que suministraron la información necesaria al momento de traslado al RAIS, situación que no se probó por parte de la AFP y da lugar a la declaratoria de ineficacia. Por otro lado señaló que en relación al régimen de transición no es necesario dar aplicación a las sentencias referidas por la parte demandante, ya dichas sentencias no tienen ninguna incidencia en este caso toda vez que para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP privada y en el presente caso se está ante la ineficacia del traslado, ahora bien refirió que la demandante es beneficiaria del régimen de transición como quiera que la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 35 años de edad régimen que conservo únicamente hasta 31 de julio de 2010, toda vez que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005

no contaba con más de 750 semanas, por lo que dicho régimen no se extendió hasta el 31 de diciembre de 2014, lo anterior deberá ser tenido en cuenta por Colpensiones para un eventual estudio pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia al considerar que al momento en que la demandante se trasladó a la AFP, tuvo la libertad de escoger entre un fondo público o privado de conformidad al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, resaltó que el trabajador al momento de dicha afiliación tiene un cierto grado de responsabilidad conforme al Decreto 2241 de 2010, sin que se le pueda indilgar la responsabilidad a Colpensiones, toda vez que se genera afectación a la sostenibilidad financiera

PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida, al considerar que si se cumplió con los requisitos que para la fecha la normatividad exigía y si bien la jurisprudencia a incrementado los requisitos del deber de información a las AFP, resaltó que de conformidad al interrogatorio de parte se tiene que la demandante si recibió información al momento del traslado con las AFP indicó características propias del Fondo Privado, por lo que señaló se pasó por alto dichas apreciaciones. Por otro lado precisó que en lo referente a la condena por gastos de administración se aporta respetuosamente de la decisión con fundamento en que no se puede aplicar para unas cosas la ineficacia y para otras no, por lo que aplicando la figura de la ineficacia del traslado lo que precedería es condenar a la AFP a devolver los gastos de administración sin condenar a devolver los rendimientos que se generaron con la vinculación de la demandante con el Régimen de Ahorro Individual.

PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo referente a la devolución de gastos de administración, al considerar que se descuenta un tres por ciento de la base de cotización que se destina para pagar los gastos de administración y seguro previsional a la compañía de seguros descuento que se realiza de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y opera de igual manera tanto el Régimen de Prima Media como en el de Ahorro Individual, en tal sentido resaltó que en el tiempo que

la actora estuvo en la AFP la misma administró los dineros de la cuenta de ahorro de una manera rentable, por lo que precisó no es procedente condenar a la devolución de dichos montos teniendo en cuenta que las mismas ya fueron causadas y constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar***

un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios de afiliación visibles a folios 149, 193 a Provenir S.A el 6 septiembre de 1997 y a Protección S.A. el 15 de octubre de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo unos asesores de Porvenir S.A., de forma individual que le indicaron que había unos fondos privados que eran mucho mejor que el Seguro Social y CAJANAL, en el sentido de que podría pensionarse de manera anticipada y por tal motivo decidió a trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.

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

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

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

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

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

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de

Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º - ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le

corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 30 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end. The letters are stylized and connected.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR PATRICIA MARIA MERCEDES
QUINTERO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00455 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al Doctor SANTIAGO BERNAL PALACIOS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1016035426 y tarjeta profesional No. 269922 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de agosto de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de

consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, así como tampoco se encuentra frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la actora y Porvenir por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La señora PATRICIA MARIA MERCEDES QUINTERIO, pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A el 1 de abril de 1999, ante la omisión de dicho fondo del deber de información y como consecuencia de lo anterior ordenar en primer lugar a la AFP OLD MUTUAL S.A., a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado y por consiguiente ordenar al RPM a recibir a la actora como afiliada.

Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al régimen de prima media desde el 1 de enero de 1993 hasta marzo de 1999, que el 1 de abril de 1999, se trasladó a Porvenir S.A., señaló que al momento de la afiliación a dicho fondo no fue asesorada o informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las diferencias de uno u otro régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 13 y 60 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia

con radicados número 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011, 33083 de 2011 y 46292 del 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 84 al 101 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta del deber de información por parte de la AFP. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

Por su parte, SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda visibles a folios 111 a 117 del plenario, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación entre la actora y la AFP goza de plena validez ante la ley, por tanto el traslado no presenta ningún vicio del consentimiento, toda vez que fue un acto voluntario. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Entre tanto PORVENIR S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que la afiliación que realizó la actora con la AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de agosto de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora PATRICIA MARIA MERCEDES QUINTERO CUSGUEN del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrador por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Así mismo, se declara la ineficacia del traslado horizontal efectuado dentro del RAIS.

SEGUNDO: CONDENA a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la señora PATRICIA MARIA MERCEDES QUINTERO CUSGUEN como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas a la demandante por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, por lo que todas las cotizaciones efectuadas por la promotora del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora PATRICIA MARIA MERCEDES QUINTERO CUSGUEN al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA PENBSIONES Y CESANTIAS.

SEXTO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. No condenar en costas a COLPENSIONES, ni a SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue PORVENIR.”

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

acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia al considerar que no se tuvieron en cuenta algunas reglas aplicables a las relación contractuales adquiridas por la parte demandante, como lo son las obligaciones legales que tienen los trabajadores conforme el Decreto 2241 de 2010, resaltó que para el momento del traslado no era exigible a los fondos privados realizar una asesoría a nivel como lo expone la sentencias de la Corte Suprema de Justicia, sin que se tenga en cuenta que la documentación pertinente para el momento de traslado, aunado señalo que Colpensiones es totalmente externa al negocio jurídico celebrado y no puede verse afectada en recibir la carga prestacional de la actora, ya que generaría una afectación a la estabilidad financiera.

PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida, al considerar que no le asiste razón a la falladora de instancia de declarar la ineficacia con fundamento en la falta de información cuando no le era obligatorio a la AFP brindar la misma a la actora, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera materializado y valido el traslado de régimen pensional era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, esto de conformidad con las disposiciones vigentes que había sobre el particular, por lo que el Fondo cumplió con las obligaciones que tenía a su cargo, precisó que tampoco es pertinente establecer que se presenta la ineficacia con base a un vicio en el consentimiento, toda vez que Porvenir si brindo una asesoría a la demandante. Por otro lado, indicó que no es factible hacer la devolución de gastos de administración, esto de conformidad al inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un tres por ciento de la cotización a los gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, por lo que sostuvo que dichos gastos no forman parte de la

pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, ya que si devuelven dicho monto se generaría un enriquecimiento sin justa causa.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo una asesora de Porvenir de forma general, le indicó que el fondo privado era mucho mejor al régimen de prima media y por tal motivo tomo la decisión de trasladarse, posteriormente se trasladó a Skandia S.A.

Así las cosas, de los medios probatorios arrojados al plenario no se observa documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones suministro a la posible afiliada las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 9 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARIENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MONICA TRUJILLO JIMENO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 030 2020 00094 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al Doctor WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1232398851 y tarjeta profesional No. 334200 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de agosto de 2021.

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

El apoderado de la parte demandante se opone al recurso de apelación interpuesto, al considerar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de

Justicia en el aspecto de la afiliación al sistema pensional ha sido clara en establecer una serie de lineamientos respecto de la forma de entender las obligaciones de las administradoras de fondos de pensiones a través del tiempo, en la cual se debe brindar una asesoría completa, integral, veras, oportuna, suficiente y contrastada entre un régimen pensional y el otro, precisó que no es una obligación que naciera desde el año 2021, sino que está establecida desde el comienzo de la operatividad del régimen de ahorro individual.

COLPENSIONES., solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida al considerar que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene en la imposibilidad de trasladarse de régimen, de conformidad con la normativa citada, así como también el traslado que realizó con la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse.

El apoderado de PORVENIR solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que el traslado de régimen que realizó la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigía una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

I. ANTECEDENTES

La señora MONICA TRUJILLO, pretende que se declare la ineficacia del traslado de régimen que realizó al del Régimen de Prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro individual y en consecuencia se declare para todos los efectos legales que se encuentra afiliada a COLPENSIONES.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 12 de mayo de 1967, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones vinculándose en primer momento al Seguro Social, posteriormente se trasladó a Provenir S.A., sin

que recibiera la información necesaria, suficiente y oportuna sobre las características y diferencias entre cada régimen prestacional.

Como fundamento normativo, citó los artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 48,333, 335 de la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, la Ley 797 de 2003, las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, razón por la cual se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual e igualmente allí cambio de AFP lo que significa que existe una ratificación tacita que trata el artículo 1754 del Código Civil. Propuso las excepciones de hecho de la víctima, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora MONICA TRUJILLO JIMENO del Instituto de Seguros Sociales a la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE S.A., hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A realizada mediante formulario N°263839 con fecha de suscripción 01 de agosto de 1995, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora MONICA TRUJILLO JIMENO al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a sociedad administradora de FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir desde el 1 de agosto de 1995 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora MONICA TRUJILLO JIMENO, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima media con Prestación definida.

QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO. Condénese en costas de esta instancia a PORVENIR S.A., a favor del demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS (\$3.488.740. (3.84 SMLMV)

SEPTIMO: sin costas ni favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

OCTAVO: Concédase el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que los fondos de pensiones tienen la responsabilidad de demostrar en juicio que documentaron suficientemente el cambio de régimen esto quiere decir que el posible afiliado recibió la asesoría necesaria para tener los suficientes conocimientos para tomar una decisión debidamente informada suministrándole de esta manera las bondades y beneficios de estar en el régimen de prima media así como desventajas de estar en uno y otro régimen, así como también, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que si bien existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que no se puede aplicar de forma homogénea, ya que

claramente debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, debido a que la demandante realizó de manera válida su traslado de régimen pensional el cual se dio de manera libre, voluntaria y sin ningún tipo de presiones, la cual estuvo precedida de una asesoría informada de conformidad a la normatividad vigente que existía en ese momento. Por otro lado preciso, que en lo correspondiente a la condena por gastos de administración se aparta de la misma, ya que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia y para otras cosas no, en relación a ello señalo el pronunciamiento de la Superintendencia Financiera de Colombia que indica que los traslados deben realizarse a la luz del artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, disposición que se aplica en casos en que sea necesario el traslado de recursos, sin que sea procedente la devolución de dichas sumas, en consecuencia solicitó se revoque la sentencia proferida.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por

COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de

pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

Del documento visible a folio 91 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A, el 1 de septiembre de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Porvenir S.A., le indico que el Seguro Social se iba acabar y por tal motivo la mejor opción era trasladarse.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

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

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LILIANA ANGELICA RODRIGUEZ PIZZINATO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 031 2020 00467 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37627008 y tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., el 17 de junio de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del proceso obran medios documentales suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el traslado

efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también resaltó que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del régimen de prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen privado.

La apoderada de la parte demandante solicitó que se confirme la sentencia apelada al considerar que al momento de la afiliación el representante de Porvenir S.A., quien realizó la afiliación, solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para dicha afiliación y no le dio información completa veraz, adecuada, suficiente y cierta a la actora, respecto de las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS y los beneficios así como las consecuencias negativas y específicas de abandonar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y en general sobre las implicaciones que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado a Porvenir S.A., ante la omisión del deber profesional de información y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar el traslado y afiliación a Colpensiones, como si nunca se hubiera retirado del mismo y por consiguiente ordenar a la AFP la devolución de todos los dineros que recibió motivo de la afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieran causado como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Sustento sus pretensiones, en que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 9 de febrero de 1990, que con motivo de la publicidad y la gestión realizada por los fondos privados de pensiones se trasladó a Porvenir S.A., el 28 de mayo de 1997. Sostiene, que al momento de la afiliación y traslado de la actora el asesor comercial del fondo solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en

el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen de prima media.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 141, 106, 77, 36 y 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982, la Ley 1480 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012 y el artículo 897 del Código de Comercio.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que la afiliación que realizó la demandante a Porvenir S.A cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático al Fondo. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica.

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

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de junio de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del acto de traslado de la señora LILIANA ANGELICA RODRIGUEZ, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías AFP PORVENIR S.A., el día 28 de mayo de 1997, y consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten.

SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la señora LILIANA ANGELICA RODRIGUEZ, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor

alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones del régimen de ahorro individual PORVENIR S.A., que proceda a trasladar a COLPENSIONES de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por LILIANA ANGELICA RODRIGUEZ y sus empleadores, junto con los rendimientos financieros que hubiesen producido, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro individual, sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otra causa, durante todo el tiempo que la accionante permaneció en el RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de la señora LILIANA ANGELICA RODRIGUEZ al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial.

QUINTO: ABSUELVE de lo demás.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de prescripción, así como las demás propuestas por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del C.P.T y de la S.S. OCTAVO: Costas de la instancia como se dijo en la parte motiva.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de acuerdo a los criterios fijados en la sentencia SL 1688 del 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precedente que redefinió la clase de responsabilidad que tienen las entidades administradoras de los regímenes de prima media y ahorro individual para garantizar el derecho de la libre escogencia de los afiliados en la que determino que este tipo de trámites debe abordarse desde la institución de la ineficacia en el sentido estricto y no desde el régimen de nulidades, salvo en lo relativo a las consecuencias prácticas, dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador de buena fe y en consecuencia no se le puede exigir al afiliado demostrar la existencia de vicios en el consentimiento, esto es error, fuerza o dolo, ya que el legislador expresó de que forma el acto de afiliación se vea afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en lo referente a la condena de devolución de gastos de administración, al

considerar que se debe tener en cuenta que los fondos realizan estos descuentos mes a mes en virtud de la normatividad vigente que estipulo que tales descuentos se realizan en los dos regímenes pensionales y en el presente asunto no se evidencia un detrimento en la cuenta de ahorro individual de la demandante, al contrario se evidencia un incremento considerable por concepto de rendimientos financieros fruto de la excelente gestión que ha realizado la AFP, peculios que se encuentran en gastos de terceros, precisó que devolver dichos montos generaría un detrimento a Porvenir y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones,

previando la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A, el 28 de mayo de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo asesores de Porvenir S.A., que le indicaron que el Seguro Social se iba a acabar y que el fondo privado tenía una solvencia económica y respaldo financiero, posterior a ello se realizó el diligenciamiento del formulario de afiliación.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 17 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA DEL PILAR DAZA JIMENEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 036 2019 00346 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Protección, Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de abril de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que el deber de información exigido para el año 1997 quedó debidamente acreditado con la firma del formulario de afiliación y no se debe dejar de lado, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, al indicar que cada caso se debe estudiar de forma particular, por lo que para el caso en particular la accionante no tenía una expectativa legítima de pensionarse con el fondo de pensiones.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó

la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

Finalmente el apoderado de la parte demandante señaló que la decisión del Juez primigenio que acogió las pretensiones de la demanda, se basó en las pruebas aportadas dentro del proceso que permite concluir que se encuentra que efectivamente las demandadas no demostraron haber cumplido o atendido las obligaciones que por norma debían haber atendido al momento del traslado, en consecuencia solicitó se confirme la sentencia apelada.

I. ANTECEDENTES

La señora MARIA DEL PILAR DAZA JIMENEZ, pretende que se declare la nulidad de la afiliación realizada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A el 26 de septiembre de 1997, así como también el que realizó a PROTECCION S.A y como consecuencia de lo anterior ordenar a Colpensiones activar la afiliación en pensiones a la accionate. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al régimen de prima media desde el 1 de febrero de 1990, señaló que se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de la AFP le diera la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados número 31989 de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 31989 de 2008,46292 del 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 17 al 63 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A y posteriormente a la AFP

PROTECCION. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho novicio el consentimiento, buena fe, prescripción, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica.

Por su parte, PROTECCIONS.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la demandante a la AFP constituye un acto jurídico plenamente valido emanado de la voluntad de la misma y de la cual nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminados. 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 y la genérica.

Entre tanto PORVENIR S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que la afiliación que realizó la actora con la AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARÍA DEL PILAR DAZA JIMÉNEZ, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 1º de noviembre de 1997 con la AFP PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, la

totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante, durante la vigencia de la afiliación de esta con dicha AFP, por gastos de administración, comisiones o cualquier otro.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. Liquidense con la suma de \$900.000 como agencias en derecho.

SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S”

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien no existía la doble asesoría para el momento en que la actora se trasladó de régimen, lo cierto es que si existía el buen consejo, ya que el afiliado debía tener pleno conocimiento de ello, al respecto resaltó la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, que en tres decisiones ha ratificado su posición y por tal razón se constituye doctrina probable en el sentido de que los fondos de pensiones debían brindar una información completa, comprensible y cierta a los potenciales afiliados sin que se puede extraer de la firma en los formulario de afiliación, ya que es obligación demostrar que efectivamente suministraron a la demandante esa información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia al considerar que teniendo en cuenta las pruebas que obra en el proceso se permite establecer que no existió error de hecho sino de derecho el cual con el paso del tiempo fue subsanado no solo por la voluntad que se plasmó por la demandante al suscribir el formulario de afiliación, sino su vocación de permanecer en el régimen privado, ya que se dio por un periodo prolongado, resalto que en el presente asunto se dio un traslado horizontal con lo que se afirma su deseo de permanecer en el RAIS, así como también se debe tener en cuenta que no se acredita por parte de la actora ningún de los requisitos para retornar al Régimen de Prima Media, además de ello se evidencia que el formulario de afiliación suscrito con las AFP Porvenir y Protección son completamente validos pues el mismo no adolece de vicios en el consentimiento, sin que existan razones de peso para declarar la ineficacia.

PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que la información que se suministró a la demandante fue clara, completa y comprensible de conformidad a la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, resaltó que la asesoría que se brindó se realizó de forma verbal de conformidad con las normas vigentes para el momento, por lo que no existe otro documento adicional que se pueda aportar para demostrar que la actora recibió dicha asesoría, además de ello, existen cinco traslados horizontales que permiten inferir que recibió la asesoría correspondiente, aunado indicó que en lo referente a la condena de gastos de administración de conformidad al inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento de cotización a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivientes, sin que dichos gastos de administración formen parte integral de la pensión de vejez, por lo precisó no es dable devolver dichos montos, ya que se generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

A su vez, PROTECCION S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que en relación a la condena devolver los rendimientos generados, así como también lo descontado por comisión de administración, se debe tener en cuenta que se está constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y son fruto de la buena gestión de administración realizada por el fondo privado, por lo que la AFP tiene derecho a conservar dicha comisión como restitución mutua a su favor, ahora bien frente a la prima previsional advierte que la misma fue girada a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones, siendo la aseguradora un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y Protección S.A., indica que para dichos montos opera el fenómeno de la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios de afiliación visibles a folios 109, 110 y 204 a Provenir S.A y Protección S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo varios asesores de diferentes fondos de pensiones que le indicaron que eran mejores al fondo anterior, tenían una mejor rentabilidad y corregirían la historia laboral, los asesores diligenciaban el formulario afiliación y solo se firmaba.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 16 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NUBIA YANETH MONTOYA BLANCO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 039 2019 00497 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Protección y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de agosto de 2021.

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

COLPENSIONES., solicitó se revoque la decisión emitida por el Juez primigenio, como quiera que resulta improcedente la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad puesto que no se cumplen los presupuesto normativos para su reconocimiento, así como no se demostró la existencia de vicios en el conocimiento que originaran la ineficacia o nulidad de la afiliación efectuada en el RAIS.

A su vez, PROTECCIÓN S.A., manifestó que a lo largo del proceso, se demostró que la AFP actuó bajo el principio de buena fe constitucional y a

suministrado la información idónea y necesaria que se requería para la época respecto a la afiliación y traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., de la cual no resulta por probada la mala fe de la Administradora.

I. ANTECEDENTES

La señora NUBIA YANETH MONTOYA BLANCO, pretende la nulidad del traslado que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes a la Caja de Previsión Social desde 1985, señaló que en el año 2000, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2,5, 6, 13, 23, 29,53, 209 de la Constitución Política, el artículo 11 y 12 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 665 de 1999, el Decreto 3486 de 1982, la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 57 al 79 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información, por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

Por su parte, PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo

que el formulario de afiliación a la AFP es un acto existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. 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, genérica, inexistencia de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO:DECLARAR que el traslado que hizo la señora NUBIA MONTOYA BLANCO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de octubre del 2000 a través de la administradora de PROTECCION, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR 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(éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

QUINTO:INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PROTECCION.

SÉPTIMO: CONDENAR a PROTECCION al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000.

OCTAVO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario

de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y solicitó se revoque la misma en lo referente a la condena de la devolución de gastos de administración al considerar que de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, se establece que una parte de la cotización es destinado al pago de gastos de administración, sin que todo el aporte sea destinado a la mesada pensional, por lo que hacer la devolución de dicho monto sería una sobre remuneración injustificada, toda vez que la administración de la AFP generaron unos rendimientos financieros que no van hacer reconocidos por nadie, por lo que los descuentos de comisión de administración, primas de seguros previsionales se encuentran autorizados por la ley.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que sobre la carga de la prueba el artículo 167 del Código General del Proceso señala que las partes deben probar sus supuestos facticos que funden sus alegaciones, señaló que resulta desproporcional imponer la carga de la prueba a las AFP y Colpensiones que al declararse la nulidad es la más afectada en lo ateniendo a la sostenibilidad financiera, máxime cuando la afiliación se realizó en el año 2000, queriendo decir que han transcurrido más de 15 años para configurarse imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado para lo cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo que en el presente caso es completamente aplicable el principio de nadie está obligado a lo imposible.

V. ACLARACIÓN PREVIA

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

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

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Santander hoy Protección S.A., el 1 de agosto de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo por una asesora de Protección S.A., que le indicó que el Seguro Social se va acabar por lo que era urgente trasladarse al Fondo privado en donde se podrá pensionar de manera anticipada y el monto de la pensión será similar o superior al que se está cotizando y en el fondo público perderá todo. Por lo anterior, señaló que firmó el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro

al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

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

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

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

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

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos

afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 12 de agosto de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

