



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALEIDA LÓPEZ VELOZA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A. y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 004 2018 00354 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

La señora ALEIDA LOPEZ VELOZA, pretende que se declare la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, inicialmente a través de COLFONDOS, con posterioridad a PORVNEIR S.A. y finalmente a OLD MUTUAL, por omisión en el deber de información respecto de las ventajas y desventajas de dicho régimen pensional. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a COLPENSIONES a afiliarla y registrarla en el régimen que administra, como si nunca se hubiere trasladado.

Sustentó sus pretensiones, en que el 1 de noviembre de 1997, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por COLFONDOS S.A., fecha para la cual contaba con 778.14 semanas de cotización al ISS; que la mencionada entidad no le comunicó las consecuencias de dicho traslado, como tampoco le brindó información clara, completa y oportuna sobre el régimen pensional. Asimismo indicó, que presentó requerimiento con el objetivo de retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo atendido de manera desfavorable por las convocadas a juicio.

Como fundamento normativo citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 4 y 12 del Decreto 720 de 1994. Así como en la sentencia con radicación 33083 de 2011, 31989, 31314 de 2008, 46292 de 2014 y 55050 de 2015, proferida por la Sala de Casación Laboral.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 108-121 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, en que la demandante no logro demostrar vicio en el consentimiento para la fecha en que efectuó la afiliación al RAIS. Sumado a que para la fecha en radicó la solicitud de retorno al régimen de Prima Media, ya estaba incurso en la prohibición legal, establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada.

Por su parte, OLD MUTUAL S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 164-176, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas por la actora, manifestando que para la fecha en que cambio de administradora, ya venía afiliada a PORVENIR, por lo que a su juicio ya conocía las condiciones del régimen pensional. Además que para la fecha de vinculación proporciono toda la información para que la demandante tomara la decisión de manera consciente. Propuso las excepciones de

prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

Entre tanto PORVENIR S.A., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que es improcedente la nulidad de traslado de régimen, por cuanto la afiliación no contiene vicio alguno en el consentimiento, que por el contrario se presentaron todos los requisitos de ley para la validez. Que además la actora, después de la correspondiente asesoría, diligenció el formato de vinculación, fecha desde la cual ha permanecido afiliada (folio 230-236). Propuso las excepciones prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa e innominada.

Finalmente COLFONDOS S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aduciendo que le brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse y le recordó las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo y las diferencias con el régimen de Prima Media. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, prescripción, compensación e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de marzo de 2020, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

1. DECLARAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN que hiciera la demandante, ALEIDA LÓPEZ VELOZA al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que en su caso administra COLFONDOS S.A., para tenerla válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES.

2. CONDENAR a OLD MUTUAL S.A., a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de Ahorro Individual de la demandante con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

3. ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

4. CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A., se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

5. Envíese la presente decisión al Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con lo expuesto Decreto 663 de 1193 y con base a lo expuesto por la Sala de Casación Laboral en las sentencias con radicación SL 17595 de 2017, 68852 de 2019, 68838 de 2019, había lugar a declarar la nulidad de la afiliación que la señora ALEIDA LÓPEZ VELOZA efectuó al RAIS, como quiera que el Fondo de Pensiones, no le suministro una información transparente y necesario sobre el cambio de régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACION DEMANDADA OLD MUTUAL

Señaló: *“en primer lugar para este apoderado efectivamente no se avizora una nulidad en la afiliación o un vicio en el consentimiento que nos lleve a generar dicho acto jurídico como válido , toda vez que fue un acto jurídico que cumplió con las características establecidas por la norma en ese momento, aunado a lo anterior le solicito al despacho que tenga en cuenta o le solicitó más bien, al Honorable Tribunal de Bogotá, que tenga en cuenta que efectivamente los gastos de administración si bien ya fueron rubros que fueron pagados, estos se hizo con ocasión digamos de las disposiciones normativas, pues el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, establece la obligación para los fondos privados de generar unos costos y unos gastos de administración que lo que van a generar son unos rendimientos dentro de la cuenta individual de la demandante, en ese entendido pues con ocasión de la digamos del negocio fiduciario o el contrato digamos de administración de recursos que se firmó entre la demandante y mi representada, primero está cobijado por la buena fe, porque pues nosotros en primer lugar no fuimos el fondo que realizó el fondo inicial, pues simplemente fue un*

traslado horizontal en el cual la señora quedó afiliada con nosotros, en ese entendido al ser terceros de buena fe, pues no habría porque responder respecto de estos rubros, inclusive con el patrimonio propio, pues no hay ninguna jurisprudencia de la Sala Civil, inclusive que condene algún tercer de buena fe a restituir ciertas, o sea, restituir dineros respecto de un acto jurídico que éste vio con buenos ojos, pues por haber estado amparado digamos por la ratificación en este caso por haberse trasladado de dos fondos anteriores”

V. RECURSO DE APELACION DEMANDADA COLPENSIONES

En síntesis alegó, que la demandante no probó vicio en el consentimiento, más cuando ella en el interrogatorio manifestó que uno de los motivos que la impulso a cambiar de régimen fue que el ISS se iba a liquidar, pero que pese a que ello no ocurrió y a sabiendas que COLPENSIONES, asumió las obligaciones de dicha entidad, la asegurada decidió continuar en el RAIS. Así mismo adujo que no se debió aplicar la figura de la carga dinámica de la prueba, como quiera que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, además que guardó silencio sobre su tema pensional y mantuvo su afiliación en el RAIS desde 1997. Igualmente, manifestó que conforme al Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por lo que considera, que la actora pudo haber accedido a la información sobre las características y condiciones del régimen de Ahorro Individual.

I. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 9 de junio de 2020, dispuso admitir el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 05 de agosto de 2020, señaló el 13 de agosto de 2020, para proferir por escrito de la decisión de segunda instancia.

En la fecha señalada, la Sala Segunda en decisión mayoría emitió la siguiente sentencia:

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

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

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

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

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

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse íntegramente,

atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

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

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

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

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

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

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

TRECE: DECLARAR *que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios,*

debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

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

QUINCE: DECLARAR *que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de septiembre de 1997, fecha del traslado a Porvenir S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.*

EN CONSECUENCIA:

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

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

TERCERO: *Sin costas en esta instancia.”*

II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º 61020 emitiéndose fallo el 28 de octubre de 2020 y en la cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, acceso a la administración de justicia, seguridad social y mínimo vital de ALEIDA LÓPEZ VELOZA.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 13 de agosto de 2020, para en su lugar, ordenar a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

III. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

IV. 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 del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, bajo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela que favoreció a la accionante.

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

“En este orden de ideas, se observa que el tribunal se apartó del criterio mayoritario de esta Sala de Casación Laboral, como quiera que resolvió que no era procedente declarar la ineficacia del traslado porque no se demostró la existencia de un perjuicio y aunado a que Colpensiones no participó en la diligencia de traslado ni en los hechos que se recriminan por falta de información. Así el juez colegiado paso por alto el contenido del precedente establecido por esta Corporación, entre otros, en fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ- SL4426-2019, pues no podía desconocer que esta Corporación ha reiterado que los aspectos que se deben analizar respecto a la ineficacia del traslado.”

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 239, la demandante se vinculó al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., a partir del 25 de septiembre de 1997, que con posterioridad se cambió a HORIZONTE S.A. -04 de febrero de 1999- (Folio 239, 241) y finalmente a OLD MUTUAL- 16 de septiembre de 2005-(folio 187).

En audiencia celebrada el 02 de marzo de 2020, el apoderado de COLFONDOS, se allanó a las pretensiones invocadas en el escrito de demanda (folio 319)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la actora, se pudo establecer que se afilió al RAIS, luego de recibir una asesoría de manera individualizada por un empleado del Fondo de Pensiones *“ellos nos dieron como una asesoría”*;

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, máxime cuando la demandante en su interrogatorio aduce que recibió *“como una asesoría”*

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

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

[...]

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP COLFONDOS S.A., el 25 de septiembre de 1997, por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito, el 02 de marzo de 2020, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

(En uso de Licencia no remunerada)
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

*Ultima hoja del proceso ordinario n. °11001310500420180035401, promovido por
ALEIDA LOPEZ VELOZA vs COLPENSIONES Y OTROS*



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA STELLA VERGEL GARNICA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2018 00538 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende que se declare la ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, inicialmente a PROTECCIÓN S.A., y con posterioridad a PORVENIR S.A., ante la omisión en el deber de información. Como consecuencia de la anterior declaración, peticiona se condene a PORVENIR S.A. a trasladar el capital ahorrado en su cuenta, y ordenar a COLPENSIONES a registrarla en el régimen que administra. Sustento sus pretensiones, en que se afilió al ISS el 9 de julio de 1984, realizando un total de 530, 86 semanas de cotización. Que en el mes de

julio de 1996 se trasladó al RAIS, administrado por PROTECCION S.A., sin que los asesores de dicha entidad le hubiesen dado información completa y comprensible sobre el cambio de régimen pensional. Que igual situación aconteció cuando se vinculó a PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra. Finalmente, preciso que, radicó ante COLPENSIONES requerimiento, encaminado a la nulidad del traslado efectuado al RAIS, pero que el mismo fue denegado.

Como fundamento normativo citó el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 4 y 12 del Decreto 720 de 1994. Así como las sentencias n.º31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011 y 46292 de 2014, dictadas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 96-102 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la demandante de manera autónoma y voluntaria se trasladó al RAIS, entidad que además le brindó la información requerida. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 125-143, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas en el escrito inicial; adujo que el acto de afiliación que celebró con la demandante es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza. Que además el formulario de vinculación al RAIS fue suscrito de forma libre y espontánea, y que brindó una asesoría completa y comprensible previo a la afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones e innominada o genérica.

Entre tanto PORVENIR S.A. luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones señaló que no faltó al deber de información, toda vez que no indujo en error a la actora, por el contrario del formulario de vinculación, se acredita que suministró toda la información suficiente y necesaria para que la trabajadora tomara una decisión libre y exenta de cualquier vicio en el consentimiento. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de junio de 2020, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“1. ABSOLVER a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCION S.A. de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoadas en este caso por la señora MARTHA STELLA VERGEL GARNICA.

2. DECLARAR probada la excepción de ausencia de causal de ineficacia y/o nulidad de la afiliación, absteniéndose el Despacho de cualquier otro tipo de análisis exceptivo.

3. Sin condena en costas en la instancia.

4. En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de consulta, para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.”

El A-quo como fundamento de su decisión precisó que si bien el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como las sentencias con radicación n.º31989 de 2008, 33083 de 2011, SL 12136 de 2019, SL4360 de 2019 y SL1452 de 2019, determinan que es deber de los Fondos de pensiones, suministrar asesoría del régimen a los posibles afiliados, en el presente asunto consideró que la afiliada ratificó su permanencia en el Régimen de Ahorro Individual, con los cambios que efectuó a diferentes administradoras, sin alegar inconformidad alguna. Así mismo adujo que no se demostró vicio alguno en el consentimiento de la actora, para declarar la nulidad de la vinculación.

IV. RECURSO DE APELACION DEMANDANTE

Insiste en que, para el momento de la afiliación al RAIS no se le brindó una asesoría integral, veraz, completa y oportuna. Aseguró que le correspondía al fondo de pensiones demostrar que explicó las ventajas y desventajas del cambio de régimen, así como acreditar que realizó una proyección o un cálculo comparativo entre ambos regímenes, que entregó el reglamento como lo exige el Decreto 656 de 1994, e informado que podía retornar al RPM, antes que le faltara 10 años o menos para adquirir el derecho pensional, obligaciones que están en cabeza de las AFP, pues así lo ha dejado sentado la Sala de Casación Laboral, en diversas sentencias. Además, que nuestro alto tribunal, ha indicado que el cambio de administradora no implica una ratificación de permanencia en el RAIS. Finalmente asegura que del interrogatorio que absolvió no confesó en ningún momento que recibió información por parte del fondo privado.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 24 de julio de 2020, dispuso admitir el recurso de apelación. Así mismo mediante providencia del 26 de agosto de 2020, se señaló el 04 de septiembre de 2020, para proferir por escrito de la decisión de segunda instancia.

En la fecha señalada, la Sala Segunda en decisión mayoría emitió la siguiente sentencia:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

mismos no pueden tomarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de Julio de 1996, fecha del traslado a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, de fecha 17 de junio de 2020, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante MARTHA STELLA VERGEL GARNICA.”

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º61122 emitiéndose fallo el 04 de noviembre de 2020 y en la cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de MARTHA STELLA VERGEL GARNICA.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 4 de septiembre de 2020, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la

presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo Radicación n.º 61122 SCLAJPT-11 V.00 27 sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. **QUINTO: REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.”

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

VIII. CONSIDERACIONES

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

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

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

“De acuerdo con lo expuesto en los numerales que anteceden, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que el Tribunal accionado, en la providencia de 4 de septiembre de 2020, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial». Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de válidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes. »

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando

se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 150, se evidencia formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. a partir del 18 de julio de 1996. Igualmente, se evidencia que el 31 de enero de 2003, la accionante se cambió al fondo de pensiones PORVENIR S.A. (folio 151 y 180)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora MARTHA STELLA VERGEL GARNICA, se establece que se afilió al RAIS de manera voluntaria, luego que un asesor del Fondo Privado le indicara en una reunión que, tuvo duración entre 10 y 15 minutos, que el ISS se iba acabar, y que podía pensionarse a edad más temprana: *“Allí nos visitaron unos promotores de Davivir, una pareja a mí me atendió, un señor, y pues por ser una empresa del grupo, los atendimos en el puesto de trabajo, yo los atendí en mi puesto de trabajo, diligenciamos un formulario más o menos, yo pienso que la reunión pudo durar de 10 a 15 minutos, en el entretanto*

pues que diligenciamos el formulario, realmente el argumento que me llevó a tomar la decisión fue que el Seguro Social se iba a terminar, que al terminarse el Seguro Social yo perdería los aportes que hasta ese momento yo llevaba con el Seguro Social y adicionalmente que adquiriría una pensión en corta edad, más temprano de lo que podría suceder con el Seguro Social, esos fueron los motivos por los cuales me traslade a Davivir. Adicionalmente pues basados en la confianza que nos daba que fuera una empresa del grupo Davivienda.”

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, máxime cuando la demandante en su interrogatorio aduce que tan solo le indicaron que el ISS se iba a extinguir y que podía pensionarse a una edad más temprana que el RPM. Adicionalmente el apoderado de Protección S.A. enunció en su interrogatorio, que con el escrito de contestación allegó todas las pruebas que deban cuenta que le suministró a la actora toda la información del régimen. Sin embargo, dicha manifestación se quedó tan solo en una simple afirmación, pues se reitera ninguna prueba dio cuenta del cumplimiento de este requisito.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. a partir del 18 de julio de 1996, y posteriormente al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se REVOCARA la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

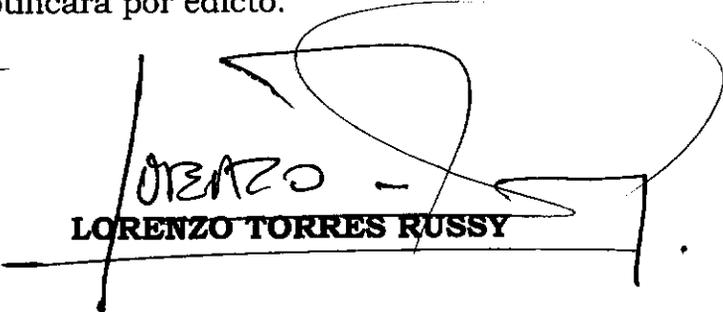
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, el 17 de junio de 2020, en su lugar se declara la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. a partir del 18 de julio de 1996, y posteriormente al fondo de pensiones PORVENIR S.A., por lo que esta última entidad deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

(En uso de Licencia no remunerada)
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ultima hoja del proceso ordinario n. °11001310501220180053801, promovido por Martha Stella Vergel Garnica vs COLPENSIONES Y OTROS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SANDRO JOSE MANUEL LOZANO PIOVANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 027 2019 00029 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

El señor SANDRO JOSE MANUEL LOZANO PIOVANO, pretende se declare la nulidad de traslado que realizó al fondo de pensiones PORVENIR S.A., ante la falta de información idónea, consistente, veraz y objetiva. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene a esta entidad a trasladar al Régimen de Prima Media, la totalidad del saldo y aportes existentes en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, cobros y gastos de administración, así como al pago de 50

salarios mínimos, por no atender lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Igualmente peticona se ordene a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación en el Régimen que administra y al pago de costas procesales.

Sustentó sus pretensiones, en que el 1 de agosto de 1994, suscribió formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A., sin que los asesores enviados por la entidad le hubiesen suministrado información consistente, veraz y objetiva sobre su traslado. Además que dicho personal no tenía un conocimiento amplio e idóneo sobre temas de seguridad social. Así mismo indicó que para la fecha en que realizó el cambio de régimen, no le efectuaron una simulación o comparación del valor de la mesada pensional. Finalmente señaló que radicó ante las entidades demandadas petición desvinculación y vinculación respectivamente, siendo denegado los requerimientos.

Como fundamento normativo, citó los artículos 11, 12, 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, Decreto 665 de 1994, Decreto 3486 de 1982, Circular 016 de 2016, Ley 1328 de 2009 y Ley 1480 de 2011. Así como la sentencia con radicación 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 53-63 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, en que no estuvo presente para el momento de la asesoría y posterior afiliación del demandante al RAIS. Que además obra formulario de afiliación en el que el actor a través de su firma asegura haber sido asesorado de las condiciones y características propias del régimen de Ahorro Individual. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 86-101, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas por el actor, manifestando que el traslado que efectuó el demandante al RAIS fue legalmente celebrado, con la suscripción del formulario de vinculación o traslado, documento que fue firmado de manera libre y voluntaria. Propuso las excepciones de prescripción de la acción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de noviembre de 2019, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“1. DECLARAR la ineficacia del traslado del señor SANDRO JOSE MANUEL LOZANO PIOVANO del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación del señor SANDRO JOSE MANUEL LOZANO PIOVANO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e interés generados en su cuenta de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

3. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES afiliarse nuevamente al señor SANDRO JOSE MANUEL LOZANO PIOVANO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION Y BUENA FE, formuladas por COLPENSIONES y las de INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS, BUENA FE y COBRO DE LO NO DEBIDO, formuladas por PORVENIR por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

5. CONDENAR a las demandadas PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho a cada una de ellas.”

El A-quo argumento que de conformidad con las sentencias con radicado n.º 31989 de 2008, 33083 de 2011, SL12136 de 2014, SL17595 de 2017, SL 19447 de 2017, SK 1452 de 2019, SL 1421 de 2019 y SL 1688 de 2019, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó el actor al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación, hubiese impartido al trabajador información veraz, oportuna y comprensible sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional.

IV. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Señalo: “no se podría decir que hay una ineficacia en el traslado ya que, pues el traslado cumplió con los requisitos que taxativamente la ley le solicitaba para la época del traslado que fue en 1994, o sea la decisión del señor fue libre voluntaria y con conocimiento del traslado que estaba realizando, se le realizó la asesoría lo cual era requisito de todas las AFP, cumplimiento todos los requisitos, entonces no se podía alegar que este hubiese sido ineficaz, entonces solicitó que los señores magistrados revoquen este auto y absuelvan a Colpensiones”

V. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

Entre tanto PORVENIR S.A., luego de solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia, adujo que de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del C.G.P., le correspondía a la AFP que se encontraba vigente para la fecha de traslado, demostrar que cumplió con los requisitos exigidos por la ley para el cambio de régimen pensional, esto es, el fondo COLPATRIA, entidad que en la actualidad no existe de manera material y objetiva, pues solo existió una fusión pero de carácter mercantil. Así mismo adujo que a través del formulario de afiliación y del interrogatorio absuelto por el demandante, prueba esta última que a su juicio no fue analizada por el A-quo, se lograba determinar que fue impartida la correspondiente asesoría y que el asegurado conoció sobre la naturaleza propia del RAIS. Adicionalmente manifestó que no quedo establecido ni estudiado esa incidencia sobre el derecho pensional o

impedimento para el disfrute de la prestación, para exigir el presupuesto del buen consejo, como lo enuncia los precedentes jurisprudenciales citados por el Juzgador de Primera instancia. Igualmente que para la calenda en que se efectuó el traslado, el actor reportaba un salario un poco superior al mínimo legal, por lo que de haberse realizado las proyecciones, la pensión hubiese sido igual al mínimo legal. Finalmente dijo que el afiliado no podía catalogarse como un asegurado lego.

VI. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 10 de diciembre de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 26 de agosto de 2020, señaló el 04 de septiembre de 2020, para proferir por escrito de la decisión de segunda instancia.

En la fecha señalada, la Sala Segunda en decisión mayoría emitió la siguiente sentencia:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EN CONSECUENCIA:

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

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia, las de primera se revocan y serán a cargo de la actora.”

VII. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º61000 emitiéndose fallo el 28 de octubre de 2020 y en la cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad, a la vida digna y a la seguridad jurídica de SANDRO JOSÉ MANUEL LOZANO PIOVANO.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 4 de septiembre de 2020, proferida por la Sala Laboral del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

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

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

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

VIII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

IX. CONSIDERACIONES

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

régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, bajo los argumentos expuestos por la Sala de Casación Laboral en la sentencia de tutela que favoreció al accionante.

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

“Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, pues esta Sala desde el año 2008 ha venido decantando una línea de pensamiento que postula la necesidad del cumplimiento idóneo del deber de información de parte de la administradora de pensiones para validar el cambio de régimen pensional (sentencia radicación 31989 de 9 de septiembre de 2008), deber de información que hoy es claro no se sufre con el simple hecho de llenar o suscribir un formulario de inscripción, registro o afiliación al nuevo régimen pensional, y doctrina que ha ido ampliándose hasta llegar, entre otras, a la sentencia de casación CSJ SL4426-2019, en la cual en su momento precisó que (i) la suscripción del formulario de vinculación en modo alguno podía entenderse como un consentimiento informado; (ii) la carga probatoria atribuida al afiliado de acreditar que su vinculación al fondo privado de pensiones fue producto de engaño era una inversión desequilibrada de las obligaciones procesales; (iii) la procedencia de la ineficacia no depende de que se compruebe la intención de retornar al régimen público de pensiones dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional y (iv) no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de +transición.»

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de**

régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 29, se evidencia formulario de afiliación a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, a partir del 1 de agosto de 1994.

Del interrogatorio de parte, absuelto por el señor SANDRO JOSE MANUEL LOZANO PIOVANO, se establece que asistió a una reunión realizada por un Asesor de Colpatria actualmente PORVENIR, la cual duro entre 10 o 15 minutos, en la cual le indicó los riesgos de permanecer en COLPENSIONES.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las

características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, máxime cuando la demandante en su interrogatorio aduce que tan solo le indicaron los riesgos de permanecer en COLPENSIONES.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, el 1 de agosto de 1994, por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito, el 22 de noviembre de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSY

**(En uso de Licencia no remunerada)
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

***Última hoja del proceso ordinario n. °11001310502720190002901, promovido por
SANDRO JOSE LOZANO vs COLPENSIONES Y OTROS***





República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA BRICELDA TORRES FONSECA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 008 2017 00652 01

Bogotá D. C., veintisiete (26) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

La señora BLANCA BRICELDA TORRES FONSECA, pretende se declare la nulidad de traslado que efectuó el Régimen de Ahorro Individual administrado por PORVENIR S.A. Como consecuencia de la anterior declaración, solicita se condene a COLPENSIONES a recibirla en el fondo que administra, junto con todos los valores depositados en su cuenta individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 20 de marzo de 1961, que al iniciar su vida laboral realizó aportes a la Caja de Previsión Cajanal, que el

16 de septiembre de 1996, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A., sin que previo a dicha actuación le hubiesen impartido información clara, suficiente y concisa sobre la decisión que iba adoptar. Finalmente señaló que, radicó ante las entidades demandadas, petición encaminada a la nulidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, siendo denegado el requerimiento.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48 53 y 58 de la Constitución Nacional, artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, artículos 1508 y 1510 del Código Civil. Así como las sentencias de tutela T-818 de 2007 y T-398 de 2009, la sentencia SL12136 de 2014, esta última dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 107 a 111 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la afiliación realizada por la demandante al RAIS tiene plena validez y legalidad, en la medida que no se probó vicios en el consentimiento, para declarar la nulidad de la vinculación, que por el contrario la accionante, se prueba haberse vinculado a PORVENIR de manera voluntaria. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 128-136, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas por la actora, manifestando que la trabajadora seleccionó el Régimen de Ahorro Individual, de manera informada y consciente, que en señal de ello suscribió el formulario de vinculación. Por otra parte, agregó que la información impartida, se sujetó a las normas vigentes para la calenda en que se efectuó el cambio de régimen pensional y atendiendo las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera. Propuso las

excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin justa causa y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de junio de 2019, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“1. DECLARAR INEFICAZ la afiliación de la señora **BLANCA BRICELDA TORRES FONSECA** del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad ocurrido el 16 de septiembre de 1996 a la **AFP PORVENIR S.A.**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. DECLARAR que las afiliaciones realizadas al interior del régimen de Ahorro Individual son nulas, es decir, que las cosas vuelven a su estado anterior como si nunca hubieran existido.

3. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, admitir nuevamente a la demandante señora **BLANCA BRICELDA TORRES FONSECA** como afiliado, teniendo en cuenta los anteriores considerandos.

4. CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES U CESANTIAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la señora **BLANCA BRICELDA TORRES FONSECA**, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y S.S., esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y los dineros que se hubieren descontado por los seguros provisionales de invalidez y muerte.

5. CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** a aceptar todos los valores que devuelva la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los respectivos ajustes en la historia pensional.

6. DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos conforme a lo considerado.

7. CONDENAR en costas a la AFP PORVENIR S.A., en favor de la demandante, por la suma de \$1.000.000, las cuales deberán liquidarse por Secretaría, sin condena en costas respecto de COLPENSIONES.

8. ENVIAR el presente asunto al Honorable Tribunal Superior de Bogotá D.C.-Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. En caso de no ser recurrida por parte de Colpensiones.

El A-quo argumento que de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como con base a lo establecido en el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994 y la Ley 1748 de 2014 y teniendo en cuenta las sentencias con radicaciones 12136 de 2014, SL 19447 de 2017, SL 49964 de 2018, SL 49988 de 20018 y SL 1452 de 2019, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la actora al Régimen de Ahorro Individual, al no haber demostrado el fondo de pensiones, que para la fecha en que se efectuó la vinculación, hubiese impartido información veraz, oportuna y comprensible sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, sin que dicho presupuesto se tenga por surtido con la suscripción del formulación de afiliación.

IV. RECURSO DE APELACION PORVENIR S.A.

PORVENIR S.A., luego de solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia, adujo que cumplió con el deber de información y con las demás obligaciones que se encontraban vigentes al momento de la vinculación, que se debió analizar las normas que regían la situación para la fecha de traslado, mas no aquellas que han establecido requisitos más exigentes y que fueron expedidos con posterioridad a la calenda en que la señora TORRES FONSECA, se cambió de régimen pensional. Así mismo precisó que la demandante conocía aspectos, tales como que su dinero iba a ser depositado en una cuenta de ahorro individual y que, si no reunía unos presupuestos específicos para pensionarse, tendría derecho a la devolución de saldos. Que, además la excepción de prescripción afectó la acción, como quiera que la accionante desde el año 2009, estaba inconforme con el monto de la posible prestación por vejez que le

correspondería, sumado a que el acto de ineficacia puede ser afectado por esta figura jurídica. Finalmente manifestó que no había lugar a la devolución de gastos de administración y rendimientos financieros a favor de la afiliada, habida consideración que ello conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa, dado que, si las cosas se retrotraían a su estado inicial, nunca existieron dichos conceptos y acreencias.

I. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 15 de julio de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 19 de febrero de 2020, el magistrado MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA, ordenó la remisión del expediente al magistrado que seguía en turno, como quiera que su ponencia no fue aceptada por los demás integrantes de la Sala. El 04 de septiembre de 2020, la Sala Segunda en su mayoría profirió por escrito de la decisión de segunda instancia, en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

QUINCE: DECLARAR *que Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de septiembre de 1996, fecha del traslado a Porvenir S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.*

EN CONSECUENCIA:

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

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

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Las de la primera instancia se revocan y se imponen a la parte demandante.”

II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º60966 emitiéndose fallo el 21 de octubre de 2020 y en la cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, acceso a la administración de justicia y debido proceso de BLANCA BRICELDA TORRES FONSECA.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 10 de septiembre de 2020, para en su lugar, ordenar a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ, que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

III. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

IV. CONSIDERACIONES

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

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

“En este orden de ideas, se observa que el tribunal se apartó del criterio mayoritario de esta Sala de Casación Laboral, comoquiera que resolvió que no era procedente declarar la ineficacia de traslado porque no se demostró la existencia de un perjuicio y aunado a que Colpensiones no participó en la diligencia de traslado ni en los hechos que se recriminan por falta de información. Así, el juez colegiado pasó por alto el contenido del precedente establecido por esta Corporación, entre otros, en fallos CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL 1689-2019 y CSJ SL4426-2019, pues no podía desconocer que esta Corporación ha reiterado que los Radicación n.º 60966 SCLAJPT-11 V.00 15 aspectos que se deben analizar respecto a la ineficacia de traslado, corresponden a:

1) La obligación relativa al deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, y (2) si para dar por satisfecho ese deber, es suficiente con diligenciar el formato de afiliación. Así mismo, (3) determinar quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.”

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado

pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la

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

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 139, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A, a partir del 16 de septiembre de 1996. Igualmente se corrobora que el 25 de julio de 2005, la accionante procedió a cambiarse al Fondo Privado HORIZONTE S.A. (folio 138).

Del escrito de demanda, se establece que la demandante inició su vida laboral realizando aportes a CAJANAL, hasta la calenda en que se trasladó a PORVENIR S.A. (Folio 74-75)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora BLANCA BRICELDA TORRES FONSECA, se establece que es abogada y labora en la Fiscalía General de la Nación, que los asesores de Porvenir la invitaron a una reunión, donde le indicaron que Cajanal y el ISS se iban a liquidar, que en el fondo de pensiones, podían causar el derecho pensional en un menor tiempo y en una cuantía mayor, que tenían un ahorro y que sí ese dinero producto del ahorro no financiaba la prestación, podía solicitar la

devolución de este: *“allí asistieron asesores de Porvenir, informándonos que se acababa Cajanal y el Seguro Social, que íbamos a quedar desprotegidos de una pensión, que si nos afiliábamos a Porvenir íbamos a pensionarnos en un menor tiempo, con una mayor pensión y fuera de eso es un ahorro que tenemos y que si no reunía los requisitos para pensionarse le devolvían todo el capital; estas fueron las circunstancias que dieron, pues que me llamó la atención que me pensionaba con menos edad y con una mayor pensión.”*

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación a los distintos fondos, los mismos no resultan suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, máxime cuando la demandante en su interrogatorio aduce que no recibió una asesoría en los términos señalados por la jurisprudencia.

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

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

[...]

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

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

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A, a partir del 16 de septiembre de 1996, por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito, el 26 de junio de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

(En uso de licencia un remunerada)
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Última hoja del proceso ordinario n. °1100131050082017006521, promovido por Blanca Bricelda Torres Fonseca vs COLPENSIONES Y OTROS

+



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GUSTAVO ERAZO PINILLA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 003 2018 00536 01

Bogotá D. C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

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

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declare la nulidad del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP PROTECCIÓN S.A., por vicios en el consentimiento. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a PROTECCIÓN S.A., trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos financieros a COLPENSIONES, por encontrarse vigente la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Asimismo, se ordene a COLPENSIONES, activar la afiliación y actualizar su historia laboral. Sustentó las pretensiones en que, nació el 12 de enero de 1957, que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley

100 de 1993, se encontraba afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pero que con la llegada de los fondos privados y debido a una información de engaños y promesas que le suministró un asesor, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., entidad en la cual se encuentra afiliado en la actualidad (folios 4-16).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece de folios 89-98 del plenario, donde manifestó que se atiene a lo que resulte probado en el proceso, por cuanto no tuvo incidencia en el traslado del demandante. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 113-135, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al manifestar que el traslado del demandante es válido y se encuentra libre de vicios del consentimiento. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y la de aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de mayo de 2019, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad y/o ineficacia del traslado del demandante GUSTAVO ERAZO PINILLA del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por Colmena Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. el 1º de abril de 1999, así como la realizada de forma horizontal de Colmena a ING Santander Pensiones y Cesantías el 1º de abril de 2000 y la efectuada el 31 de diciembre de 2012 de ING Santander Pensiones y Cesantías a Protección en razón a las cesiones por fusión entre estas administradoras, para entender vinculado al demandante en forma válida al régimen solidario de prima media administrado

por Colpensiones, todo de conformidad con la aparte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: *CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante GUSTAVO ERAZO PINILLA por concepto de cotizaciones obligatorias o voluntarias en el evento que hubiera hecho, bonos pensionales en caso de existir, con todos los frutos, rendimientos financieros e intereses causados, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado deseos aportes que efectúe PROTECCIÓN S.A., para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media.*

CUARTO: *ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen esos valores por cuenta de Protección S.A., actualice la información de la historia laboral del demandante.*

QUINTO: *DECLARAR no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por cada una de las demandadas conforme a lo considerado en la parte motiva.*

SEXTO: *CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la Sociedad demandada PROTECCIÓN S. A., las que se tasan en la suma de UN MILLÓN DOSCIENTOSMIL (\$1.200.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una.*

SÉPTIMO: *En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS.” (Folio 182-183).*

IV. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 28 de mayo de 2019, dispuso admitir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 05 de febrero de 2020, el magistrado MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA, ordenó la remisión del expediente al

magistrado que seguía en turno, como quiera que su ponencia no fue aceptada por los demás integrantes de la Sala. El 10 de marzo de 2020, la Sala Segunda en su mayoría, profirió por escrito la decisión de segunda instancia, en los siguientes términos:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de mayo de 2019, para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, las de primera instancia se revocan y se condena a la parte demandante en cuantía de \$350.000.”

V. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º59828 emitiéndose fallo el 08 de julio de 2020 y en la cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso del señor GUSTAVO ERAZO PINILLA.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la decisión del 10 de marzo de 2020, para en su lugar, ordenar al TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR a la autoridad judicial convocada, para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla

de manera rigurosa el deber de exponer la carga argumentativa suficiente.

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

VI. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la H. Sala de Casación en las sentencias de tutela n.º 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

VII. CONSIDERACIONES

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

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

“Lo anterior, toda vez que es evidente que la autoridad judicial censurada, centró su negativa de acceder a la ineficacia del traslado, al dar por probado que el consentimiento del demandante fue informado, con la simple suscripción del formulario de afiliación, así mismo, al afirmar que solo en los eventos en los que existen consecuencias negativas por el cambio de régimen del afiliado, es que es procedente la ineficacia peticionada, y como quiera que el actor no era beneficiario del régimen de transición, ello impedía la prosperidad de las pretensiones de la demanda; lo que desconoce la línea jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral, antes mencionada.”

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

***juzgador al definir la controversia, pues halló
suficiente una firma en un formulario [...].***

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

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

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

En el presente asunto, tenemos que del documento visible a folio 143, se evidencia formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCION S.A., el 2 de febrero de 1999.

Por otra parte, el señor GUSTAVO ERAZO PINILLA, en su interrogatorio de parte, enunció frente a la afiliación realizada al RAIS, que se encontraba laborando en el Colegio Santa María para la fecha, y que unos asesores les informaron de algunas dificultades que estaban surgiendo con el I.S.S., siendo necesario cambiarse de administradora de pensiones, por lo que suscribió el traslado.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al Fondo privado, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento o material que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, máxime cuando el demandante adujo que la única información que recibió de la AFP, era lo relacionado con los problemas o dificultades por las que atravesaba el ISS.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A, a partir del 02 de febrero de 1996, por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el 13 de mayo de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

(En uso de licencia no remunerada)
RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Última hoja del proceso ordinario n.º 11001310500320180053601, promovido por Gustavo Erazo Pinilla vs COLPENSIONES Y OTROS