



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA DEICY AMBROSIO NIETO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 031 2019 00386 01

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de febrero de 2020.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de COLPENSIONES, presentó escrito de alegaciones en el cual solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, para ello reiteró los argumentos expuestos al dar contestación a la demanda frente a la validez del trámite que hizo la actora para trasladarse al Fondo privado al no acreditarse ningún vicio del consentimiento; se refirió al riesgo frente la sostenibilidad del sistema que se genera con el traslado y manifestó que la afiliada se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen.

Por lo anterior, se procede a decidir de fondo.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió que fuera declarada la nulidad e ineficacia del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se ordenara a Colpensiones registrar su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así mismo a recibir del Fondo privado todos los valores consignados en la cuenta de ahorro individual correspondientes a cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional junto con los rendimientos causados.

Como fundamentos fácticos manifestó que nació el 25 de septiembre de 1959 y se trasladó a COLFONDOS S.A. el 1º de octubre de 2000, sin que hubiera recibido información clara, completa y cierta sobre las implicaciones y consecuencias de ese traslado. En el año 2018 solicitó su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual fue negado por las entidades demandadas.

Como fundamento normativo citó, entre otros los artículos 29 y 53 de la Constitución Nacional, Decreto 656 de 1994, artículo 1746 del Código Civil y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados SL 12136/2014, 31989 de 2008 y 31314 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, dio contestación a la demanda como se observa a folios 116 a 135, con oposición a las pretensiones incoadas por la actora, al manifestar que no puede alegarse la nulidad de la afiliación efectuada ante el Fondo privado por el hecho de advertir posteriormente inconformidades con las normas y lineamientos propios del régimen de ahorro individual, menos aun cuando a la afiliada le faltan diez años o menos para adquirir el derecho a la pensión de vejez y no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Sostuvo que en la afiliación efectuada por la demandante al Fondo privado no se observa ninguna causal de nulidad y que de ordenarse el traslado se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social.

Por su parte COLFONDOS S.A., por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 148 a 165 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición en que el traslado que efectuó la demandante cumplió todas las formalidades y fue resultado de su voluntad libre y espontánea, por lo cual no puede argumentar que hubo engaño por parte del Fondo, cuando se le brindó la información que para esa época era pertinente, sin que en ese trámite se hubiera configurado vicio del consentimiento; sostuvo que la afiliada no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago.

Por auto del 25 de septiembre de 2019, el Juzgado ordenó vincular a PROTECCIÓN S.A. (fl. 182).

Mediante escrito que obra a folios 198 a 205, el mencionado Fondo dio contestación oponiéndose a las pretensiones de la demanda con fundamento en que sus actuaciones están precedidas de buena fe y legalidad; sostuvo que la afiliación de la actora obedeció a su voluntad de pertenecer al RAIS, para lo cual suscribió el respectivo formulario de vinculación, con el lleno de los requisitos legales que existían para el 4 de mayo de 1998 fecha del traslado a ese Fondo, sin que exista vicio del consentimiento que genere ineficacia. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe,

prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica.

Por medio del escrito que obra a folios 227 a 249 se reformó la demanda en cuanto a las pretensiones para solicitar se declarara que la actora se vinculó al ISS el 2 de mayo de 1986 y su traslado al RAIS se produjo el 5 de mayo de 1998 a COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A, en el cual cotizó hasta el 30 de septiembre de 2000 y reiteró en los demás aspectos la demanda inicialmente presentada.

Las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. dieron contestación a esa reforma de la demanda (fls. 251 a 270), PROTECCIÓN S.A. no la contestó.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante MARTHA DEICY AMBROSIO NIETO a las demandadas a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte demandante MARTHA DEICY AMBROSIO NIETO en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente por concepto de costas y agencias en derecho.

TERCERO. Se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante en caso de no ser apelada.”

Como fundamento de su decisión, se refirió a los dos regímenes pensionales que existen en nuestro ordenamiento legal, así como a la sentencia C-986 de 2009, para manifestar que revisada la prueba documental (fl. 74), la actora estuvo vinculada a Caprecundi hasta enero de 1993, pero nunca tuvo afiliación al Seguro Social, como igualmente se establece con la certificación expedida por Asofondos (fl. 207), por lo cual consideró que en la demanda se confunde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida con las entidades que lo administran.

Reiteró que la prueba documental no permite acreditar que tenga cotizaciones al Seguro Social y la vinculación en seguridad social cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, tuvo lugar con COLMENA S.A., a partir del 4 de mayo de 1998, según el documento de folio 206 y posteriormente se traslada a COLFONDOS S.A., sin que se acredite nulidad alguna. Citó las sentencias 52704 de 2018 de la Corte Suprema de Justicia para señalar que la voluntad de la demandante de vincularse y pertenecer al RAIS es clara, así mismo que el deber de información fue cumplido por las AFP demandadas, por lo cual consideró que el argumento de la demandante de querer pensionarse con una suma decorosa, como lo manifestó, no puede ser suficiente para declarar la nulidad de su vinculación.

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia, manifestó que si bien es cierto la demandante estuvo afiliada a Caprecundi, también lo es que los dineros de las afiliaciones de esa Caja fueron trasladados a la UGPP y a COLPENSIONES al efectuarse la vinculación de los empleados públicos a una de esas dos entidades para el régimen de prima media y por ello al quedar ineficaz el traslado por la falta de información al vincularse a Colmena S.A. se puede efectuar la vinculación a Colpensiones, al considerar que los Fondos demandados en ejercicio de la carga de la prueba no lograron demostrar que le brindaron la información requerida. Sostuvo que, aunque no estuvo afiliada al Seguro Social, al ser solicitada la nulidad de la vinculación al Fondo privado se debe entender que se pretende regresar al régimen de prima media, como se está reclamando en la demanda, porque al ser empleada pública debió ser afiliada a Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio

que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios

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

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

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

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

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

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

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

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

para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

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

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

Del documento visible a folio 83, se evidencia el formulario de afiliación a COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A. a partir del 4 de mayo de 1998 y el posterior traslado a COLFONDOS S.A. el 18 de agosto de 2000 (fl. 84).

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora se establece que es de profesión Bacterióloga, que laboró para el Hospital de Zipaquirá en el que encontraba vinculada a Cajanal; sostuvo que cinco años después de estar sin trabajo ingresó a laborar al Hospital de Kennedy, en donde le hicieron entrega de los documentos que debía diligenciar entre estos el formulario de afiliación al Fondo Colmena hoy Protección; manifestó que posteriormente cuando se posesionó en el Hospital del Sur ocurrió la misma situación al ser trasladada a Colfondos. Dijo haber recibido extractos de su cuenta de ahorro individual, pero como no los entendía y ya estaba cerca la fecha para pensionarse contrató los servicios de un abogado. Manifestó que su intención es obtener una pensión decorosa que le permita vivir en buenas condiciones junto con su hijo.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el Juzgado.

En efecto, dentro del plenario la parte demandada, integrada por los fondos a los que ha estado vinculada la demandante, no aportaron prueba en la cual se evidenciara que la afiliada recibió la información necesaria frente a las consecuencias a futuro del cambio de régimen de pensiones, así mismo, no se observa dentro del plenario que exista un estudio acucioso de la pasiva frente al caso pensional de la demandante que le permitiera decidir con certeza cuál era el régimen pensional que más le convenía, lo cual podría haber llevado a la actora a no cambiar de régimen pensional. Como quiera que la carga de la prueba está en

cabeza de la parte demandada por cuanto es a esta a quien le corresponde demostrar que suministró a la afiliada la información completa y veraz sobre su situación pensional, que permitiera concluir que al haberle sido indicados todos los aspectos positivos, negativos e implicaciones del traslado de régimen, aceptó dichas condiciones para que posteriormente no pudiera alegar inducción a error o engaño alguno por la administradora de pensiones.

Así las cosas, al evidenciarse que la pasiva no demostró de manera alguna que suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, resulta consecuente declarar la ineficacia de la afiliación realizada de manera efectiva el 4 de mayo de 1998 (fl. 83).

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que los Fondos Privados demandados deben devolver a Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior, la afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General

de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

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 Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de febrero de 2020, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación de la demandante **MARTHA DEICY AMBROCIO NIETO**, realizada al Fondo COLMENA S.A. hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a partir del 4 de mayo de 1998 y el posterior traslado a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 18 de agosto de 2000. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con

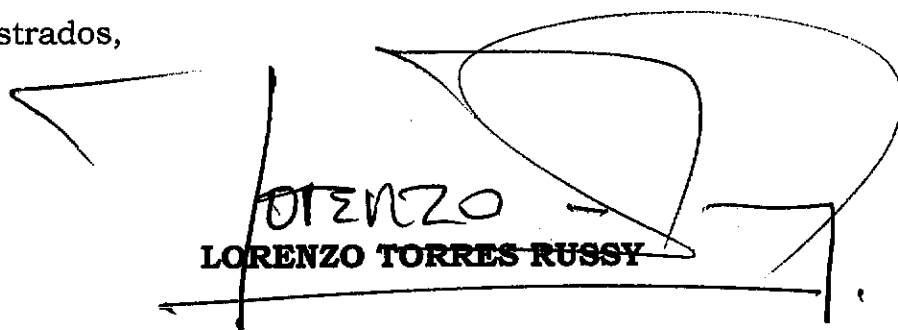
motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Alocución de voto)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA ELSIA MARTINEZ PARRA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y
PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 038 2017 00604 01

Bogotá D. C., once (11) de diciembre 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

Se solicitó en la demanda, declarar que PROTECCIÓN S.A., asesoró equivocadamente a la demandante, para afiliarla a dicha entidad y trasladarla del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL. Igualmente, que COLFONDOS S.A., no asesoró a la actora al momento de su traslado. Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación suscrita entre COLFONDOS S.A. y ANA ELSIA MARTÍNEZ PARRA; y se ordene a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, a la demandante junto con todos sus aportes.

Se sustentaron las pretensiones, en que la demandante nació el 20 de junio de 1960, que inició su vida laboral cotizando para el INSTITUTO DE

SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, donde cotizó un total de 439 semanas. Que el 7 de abril de 1999, se trasladó a ING hoy PROTECCIÓN S.A., ya que en esta AFP le ofrecieron una mesada más alta, y además le indicaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a acabar. Que posteriormente, el 24 de febrero de 2006, se trasladó a COLFONDOS S.A., por las mismas razones anteriores, sin que las AFP en comento, le brindaran información alguna de la posibilidad de regresar al régimen de prima media con prestación definida, o que no podría trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse. Que el 21 de septiembre de 2017, COLPENSIONES rechazó solicitud de la demandante de retornar al régimen de prima media.

Como fundamentos de derecho señaló: Art. 48 Constitución Nacional, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, Art. 53 de la Constitución Nacional, Art. 4 Decreto 656 de 1994, Art. 210 Decreto 663 de 1993, sustituido por el Art. 45 de la Ley 795 de 2003, Art. 30 Decreto 663 de 1993, Art. 10 Decreto 720 de 1994, mediante el cual se reglamentan los Arts. 105 y 287 de la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, Art. 1º Decreto 3800 de 2003, Arts. 5 y 7 Decreto 2241 de 2010 (folios 1-11).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demandante, en razón a que ésta se encuentra válidamente afiliada a COLFONDOS S.A., y manifestando que no hay forma de establecer con el acervo probatorio, que se configuren vicios del consentimiento. Además de lo anterior, señala que la demandante ha manifestado su voluntad de permanecer en el RAIS, y que nunca ha solicitado asesorías que le permitieran despejar dudas sobre su futuro pensional. Finalmente, señala que la actora no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es posible declarar la nulidad del traslado (Sentencia SU230 de 2015), además de encontrarse en la prohibición del art. 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe (folios 95-103).

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda, al establecer que el traslado de la demandante se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones, y que prueba de ello es que a la fecha la actora continúa afiliada al RAIS, con la AFP COLFONDOS. Señaló además que PROTECCIÓN S.A., brindó toda la información acerca de las condiciones en las que opera el RAIS, y en específico del caso concreto de la actora. Finalmente, señaló que no hay lugar a conceder las pretensiones, dado que la Sra. Martínez Parra, no es beneficiaria del régimen de transición, y por lo tanto no contaba con una expectativa legítima, al no cumplir con el requisito de los 15 años de servicios cotizados a 1º de abril de 1994. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no existencia de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, compensación, pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y petición antes de tiempo, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y ausencia de vicios del consentimiento (folios 123-152).

Finalmente, la demandada COLFONDOS S.A. señaló que la afiliación que provocó el traslado de régimen pensional, fue realizada por el Fondo de Pensiones ING hoy PROTECCIÓN S.A., y que era dicho fondo el encargado de brindar la asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen. En cuanto al traslado a COLFONDOS S.A., señala que fue de manera libre y voluntaria, y que la demandante para la época del traslado, llevaba 7 años afiliada al RAIS, con la AFP OLD MUTUAL; sin embargo, afirma que COLFONDOS S.A., le brindó la información de cómo funcionaba dicho régimen. Para finalizar, señaló que la demandante dejó constancia de su libre elección, al suscribir el formulario y la leyenda impresa "VOLUNTAD DE SELECCIÓN Y AFILIACIÓN". Propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicios del consentimiento por error de derecho, prescripción (folios 166-174).

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de agosto de 2019, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

"PRIMERO: ABSOLVER a la AFP PROTECCIÓN S.A., AFP COLFONDOS S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante ANA ELSIA MARTÍNEZ PARRA.

SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de cada una de las accionadas.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, **CONSÚLTESE** con el **SUPERIOR.**" (Folio 224).

Fundamentó la providencia en el Art. 112 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que ninguna AFP estaba facultada para rechazar las solicitudes de afiliación y menos aún desincentivar el proceso, salvo que el aspirante a afiliado se encontrara dentro de las restricciones que establecía la Ley. Consideró que para poder calificar el proceso de asesoramiento como equivocado, debía haberse acreditado cual fue el proceso llevado a cabo, y en el caso de la demandante debió acreditar su afirmación, como quiera que no es una afirmación indefinida. Además de lo anterior, señaló que del interrogatorio de parte se pudo ver que la actora recibió información por aproximadamente 20 minutos por un asesor, quien le había explicado los términos de la conveniencia afiliación, por lo que el Despacho no puede calificar su decisión como un error. Señaló que para la fecha del traslado, la situación del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, era de conocimiento general, por lo que consideró que la demandante buscó salvaguardar sus aportes a fin de no perderlos. Agregó que la demandante, además no tenía una expectativa ni a corto ni a mediano plazo de pensionarse, por cuanto contaba con 39 años de edad, y ella misma había manifestado no tener mucho interés en estos temas, puesto que lo veía "distante". También manifestó que la demandante tenía la carga de conocer los aspectos básicos de la Ley, ya que las características generales de los sistemas pensionales se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993, compendio normativo al que

toda la población tiene acceso por múltiples medios de información. En cuanto a la doble asesoría, afirmó que no consiste en que las administradoras revelen información de su competidor, sino que las administradoras del RAIS, brindan información sobre el RAIS y COLPENSIONES brinda información sobre el RPM, puesto que no se le ha exigido a estas entidades que asesoren sobre el régimen competidor, sin embargo, esta circunstancia no era aplicable en 1999, y mucho menos para desincentivar la afiliación. Finalmente, menciona la Sentencia C1024 de 2004, la cual estableció que no era posible el traslado de régimen, cuando al afiliado le hicieren falta menos de 10 años para pensionarse.

IV. APELACIÓN DE DEMANDANTE

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandante manifestó que reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que frente a la inversión de la carga de la prueba para la ineficacia o nulidad de la afiliación, no se tendrán en cuenta si se tiene o no beneficios de transición o si se tiene o no un derecho consolidado, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico del traslado, considerando que era la AFP a quien le correspondía probar si cumplió o no con sus obligaciones. Dijo además que los traslados no pueden darse por la habilidad comercial de los promotores, pues los afiliados confían en ellos, por lo cual la información debía ser clara y transparente de acuerdo a lo normado por el Estatuto orgánico del sistema financiero, vigente desde 1993, modificado por la Ley 795 de 2003, el cual agregó la frase "*y poder tomar decisiones informadas*", lo cual fortaleció el deber de información que tienen las administradoras. Señaló que hubo daño por pérdida de oportunidad por la falta de información de las AFP, al no brindar la información correcta y al omitir poner en conocimiento de la demandante, aquellas circunstancias previsibles que podían afectar su derecho pensional.

II. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 03 de septiembre de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación a favor de la demandante. Así mismo

mediante providencia del 3 de diciembre de 2019, 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 13 de agosto 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 integralmente 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 los 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 de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el 7 de abril de 1999, fecha del traslado a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., y no pueden aplicarse disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 16 de agosto de 2019, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante ANA ELSIA MARTÍNEZ PARRA."

III. 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 61202, emitiéndose fallo el 11 de noviembre 2020 y en el cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a seguridad social, mínimo vital e igualdad de la accionante.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá profirió el 13 de agosto de 2020, en el proceso ordinario laboral que la accionante adelantó contra Protección S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones.

TERCERO: Ordenar al citado Tribunal que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión en la que tenga en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: 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, en los términos de las sentencias de la Corte Constitucional.

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

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

IV. 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.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª 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 del hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

“Conforme lo anterior, la Sala estima que el Tribunal accionado no cumplió con la carga argumentativa necesaria y suficiente para apartarse del precedente jurisprudencial sobre la materia, máxime que, tal como se expuso en la sentencia CSJ STL3196-2020, cuando una autoridad judicial se distancia de este por divergencias de interpretación debe ofrecer «mejores y más sólidos argumentos que permiten un desarrollo más amplio de los derechos, libertades y garantías constitucionales», bajo la premisa de que «la legislación del trabajo y de la seguridad social, tiene un carácter fundamentalmente tuitivo de los trabajadores y afiliados», circunstancia que no ocurrió en este asunto, en el que se impuso una tesis restrictiva y contraria a la protección del ciudadano.”

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 176, se evidencia que la demandante se afilio a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., a partir del 7 de abril de 1999 y según hechos de la demanda se vinculó el 24 de febrero de 2006 a COLFONDOS (folio 2).

- Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora ANA ELSIA MARTÍNEZ, se desprende que su profesión es economista y labora en el área de impuestos del Banco Agrario. Que para la época en que se liquidó la CAJA AGRARIA, e inició el BANCO AGRARIO, unos asesores de DAVIVIR, reunieron a un grupo de aproximadamente 20 trabajadores, les dieron una charla y les explicaron que el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, se iba a acabar y que les ofrecían trasladarse de fondo para que tuvieran más estabilidad, y posiblemente una mejor pensión; señaló que la charla que le brindaron le dio tal credibilidad que diligenció sus datos básicos y suscribió el formulario de afiliación. En cuanto al traslado a la AFP COLFONDOS, señaló que sucedió lo mismo que con el I.S.S., y que los asesores le informaron que DAVIVIR se iba a fusionar con SANTANDER o con ING, y que prefirió trasladar sus aportes para mayor seguridad, sin embargo no manifestó que para la fecha se haya interesado en retornar al I.S.S. hoy COLPENSIONES.

Entre tanto PORVENIR .A., en su escrito de contestación, preciso: *"DAVIVIR hoy PROTECCION entregó información objetiva a la demandante sobre el RAIS y su comparación con el Régimen de Prima Media con prestación Definida (RPM), con el fin de que la misma tomara una decisión libre, voluntaria e informada, decidiendo esta afiliarse al RAIS"*. (Folio 168)

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

Adicionalmente, PROTECCIÓN S.A. en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió a la afiliada, una asesoría o información acerca de las características del sistema, empero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

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, el 7 de abril de 1999 y posteriormente a COLFONDOS S.A.-24 de febrero de 2006-, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se REVOCARÁ 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:

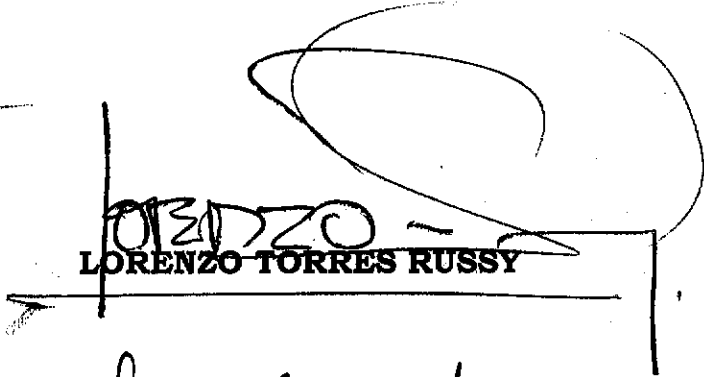
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito, el 16 de agosto de 2019, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A., el 7 de abril de 1999 y posteriormente a COLFONDOS S.A.-*24 de febrero de 2006*-, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta, según se expuso.

SEGUNDO: ORDENAR A COLPENSIONES a recibir ese traslado y convalidarlo en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas que se exigen en el régimen que administra.

TERCERO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ultima hoja del proceso ordinario n.° 11001310503820170060401, promovido por ANA ELSIA MARTINEZ PARRA vs COLPENSIONES Y OTROS



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA VICTORIA ARIZA OLARTE contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 017 2017 00628 01

Bogotá D. C., once (11) de diciembre 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 nulidad o invalidez de la afiliación que realizó al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A., al no haberle proporcionado dicha administradora una información completa y comprensible acerca de las implicaciones del cambio de régimen pensional. Como consecuencia solicita el traslado del capital ahorrado en su cuenta individual a COLPENSIONES, y condenar a esta última entidad a registrar y activar su afiliación en el régimen que administra. Como sustento de sus pretensiones, indicó que nació el 11 de mayo de 1959, que realizó aportes inicialmente a CAJANAL y con posterioridad a COLPENSIONES, realizando un total de 616 semanas. Que, en el mes de julio de 1999, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por PROTECCION S.A.,

entidad que no le informó las consecuencias de dicha decisión. Finalmente señaló que presentó requerimiento ante las entidades convocadas a juicio, con el propósito de obtener la nulidad de la vinculación que efectuó al RAIS, pero que no obtuvo respuesta.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 3 del Decreto 692 de 1994 y artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Así como las sentencias con radicado 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011 y 46292 de 2014.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 62 a 78 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, en que el traslado que efectuó la demandante al Régimen de Ahorro Individual no presentó ningún vicio en el consentimiento, como tampoco se evidencia que durante su permanencia en el RAIS, hubiese presentado alguna nota de protesta, negación o falta de aceptación, que por el contrario las pruebas dan cuenta que fue la misma accionante quien de manera voluntaria decidió efectuar el cambio de régimen pensional. Así mismo aseguró que la actora se encuentra inmersa dentro de la prohibición contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para retornar el RPM en cualquier momento. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social.

Por su parte, PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 97-104 mediante la cual se opone a las pretensiones, manifestando que las peticiones invocadas en el escrito de demanda, se basan en manifestaciones infundadas, encaminadas a obtener un medio para retornar al Régimen de Prima Media, a sabiendas que se encuentra en imposibilidad legal para hacerlo, ya que solo tienen derecho a trasladarse, quienes al 1 de abril de 1994, tuviesen 15 años o más de cotizaciones al sistema. Propuso las excepciones de inexistencia de la

nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación alegada, prescripción y eficacia del traslado del Régimen de Prima Media al RAIS.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de junio de 2019 el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

1. **DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y de prescripción propuestas por las demandadas.
2. **DECLARAR** que la vinculación de la Sra. **MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE**, identificada con la C.C. 63.284.749 al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad RAIS, hoy a cargo de **PROTECCION S.A.** fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.
3. **DECLARAR** que la señora **ARIZA APONTE**, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por **COLPENSIONES** y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según lo expuesto en precedencia.
4. **ORDENAR** a **PROTECCION S.A.** como fondo actual de la demandante, trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido y que conformen la cuenta de ahorro individual de la demandante, para efecto de poder proteger el derecho y principio de sostenibilidad financiera a favor de **COLPENSIONES**, según lo expuesto en precedencia.
5. **ORDENAR** a **COLPENSIONES**, recibir ese traslado de fondos a favor de la demandante y convalidarlos en la historia laboral para efecto de la suma de semanas que allí se exigen.
6. **CONDENAR EN COSTAS** a **COLPENSIONES** y a **PROTECCION S.A.**, incluyendo como agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$800.000.
7. **SE DISPONE LA CONSULTA** de esta providencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial a favor de Colpensiones.

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que de conformidad con lo expuesto en el Decreto 663 de 1993, y atendiendo los pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral, citando para ello la sentencia SL14522 de 2019, le correspondía al Fondo de Pensiones

demostrar que impartió a la demandante información necesario, suficiente y oportuna sobre las consecuencias ante el cambio de régimen, pero que ningún medio probatorio dio cuenta del cumplimiento de este presupuesto o actuación.

II. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Solicita la revocatoria de la sentencia de primera instancia, bajo el argumento que la demandante no cumplió con los requisitos para retornar al Régimen de Prima Media en cualquier tiempo, tal como lo exige la Ley 797 de 2003 y la sentencia SU-062 de 2008. Además preciso que según circular de la Superfinanciera, le corresponde es al Fondo Privado resolver la solicitudes de traslado de sus afiliados, mas no a COLPENSIONES. Así mismo indicó que la demandante durante su afiliación al RAIS, no presentó ninguna nota de protesta o inconformidad respecto de su vinculación al Régimen de Ahorro Individual. Finalmente, adujo que ningún régimen tiene desventajas, solo particularidades o características propias.

III. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 05 de agosto de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. Así mismo mediante providencia del 23 de julio 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 30 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 la AFP PROTECCIÓN S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

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

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

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

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

los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de junio de 1999, fecha del traslado a COLMENA AIG actualmente PROTECCIÓN S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: 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.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.”

IV. 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.º61226, emitiéndose fallo el 11 de noviembre de 2020 y en el cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, seguridad social, igualdad, a la pensión, al mínimo vital y móvil y al acceso a la administración de justicia de **MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE.**

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 30 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”

V. 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.

VI. 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 del hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

“Bajo estas someras consideraciones viene concluir, sin dubitación alguna, que hubo un apartamiento sin la carga argumentativa suficiente por parte del juez plural de las nociones fijadas en el precedente jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral sobre el tema debatido, órgano al que valga recordar la Constitución Política le asignó, entre otras, la función de unificar la jurisprudencia en los asuntos del trabajo y la seguridad social.

A este respecto vale la pena traer a colación el deber procesal de los jueces de observar la jurisprudencia unificada de las Cortes de cierre de las distintas jurisdicciones; y la necesidad de que su apartamiento de aquella se produzca sobre razonamientos válidos, persuasivos y explícitos, que justifiquen un replanteamiento de la construcción jurídica realizada, pues no de otra manera se preserva por estos el bien superior de la seguridad jurídica y se permite a las Cortes someter a su estudio esos nuevos razonamientos.

Desde esa perspectiva se erige que el respeto por el precedente judicial encuentra su transcendental posición entre las fuentes formales del derecho y la hermenéutica jurídica utilizadas en la labor de administrar justicia, al brindar una respuesta más idónea, justa y real a la necesidad de justicia social en el marco histórico contemporáneo, lo cual, sin duda, debe acompañarse con el derecho a la igualdad que les asiste a los ciudadanos en recibir decisiones judiciales idénticas frente a puntos de derecho ya resueltos o escenarios fácticos semejantes.

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 105, se evidencia que el 15 de junio de 1999, la demandante se trasladó del RPM al RAIS, administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

Del interrogatorio de parte, absuelto por la señora MARÍA VICTORIA ARIZA OLARTE, se establece que en el año 1999 asistió a una reunión convocada por un asesor de Colmena, la cual tuvo una duración de aproximadamente 30 o 40 minutos acerca del cambio de régimen pensional: *"en el 99 a mediados de año junio más o menos, por autorización de las directivas del colegio fuimos todas la profesoras invitadas al aula máxima a recibir la invitación de colmena, en ese entonces se llamaba colmena, para que nos trasladáramos a esta entidad, argumentando que el Seguro Social, la tendencia del Seguro Social iba desaparecer, entonces que ellos eran una entidad sólida, que iba permitir que nos pensionara a la edad que quisiéramos, íbamos a tener más ganancias, una mejor pensión, y además que se queríamos pasar la cesantías con ellos, tener el paquete iba a ser más favorable para nosotros."*

Entre tanto PROTECCIÓN S.A., en su escrito de contestación, preciso: *"como se ha manifestado repetidamente Protección S.A. carece de elementos que le permitan controvertir con contundencia el tipo de información que le fue suministrado a la demandante en el año 1999, por parte de los asesores de la AFP Colmena, y con base en el principio de buena fe previsto en la Constitución Política, debemos presumir que la labor comercial fue llevada a cabo con apego a la normatividad"*. (folio 97)

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró 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 PROTECCIÓN S.A., indicó que carece de elementos que le permitan controvertir con contundencia el tipo de información impartida a la actora.

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 PROTECCIÓN S.A., a partir del 15 de junio de 1999, por lo que esta última entidad deberá trasladar a la primera mencionada, todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea el actor en su cuenta. En consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

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

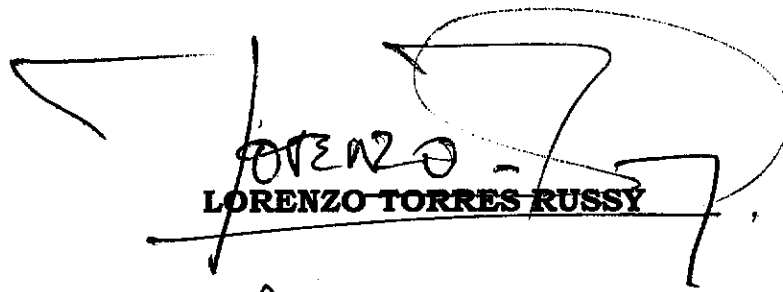
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito, el 28 de junio de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


CLARA LETICIA NINO MARTINEZ


MARCELLANO CHÁVEZ ÁVILA

**Ultima hoja del proceso ordinario n. °11001310501720170062801, promovido por
María Victoria Ariza Olarte vs COLPENSIONES Y OTROS**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RUTH DEL PILAR MORENO GUTIÉRREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 011 2017 00695 01

Bogotá D. C., once (11) de diciembre 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 pretendió, de manera principal, que fuera declarada la nulidad del traslado efectuado al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., ante la falta de la información sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional. Como consecuencia de la anterior declaración, peticiona se ordene a las entidades convocadas a juicio a trasladar y recibir respectivamente los valores contenidos en su cuenta mientras estuvo vinculada en el Régimen de Ahorro Individual, así como cualquier diferencia económica que surja para asegurar la financiación de la pensión en el régimen de Prima Media con Prestación Definida. En forma subsidiaria solicitó declarar la ineficacia e inoperancia del referido traslado.

Sustentó sus pretensiones, en que se afilió al Régimen de Seguridad Social en pensiones ante el Seguro Social el 26 de junio de 1985, entre el 1º de abril de 1991 y el 30 de septiembre de 1994 realizó aportes a Cajanal por laborar en el sector público. Manifestó que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por COLFONDOS S.A., el 1º de septiembre de 1994, sin que hubiera recibido asesoría sobre las implicaciones, diferencias y riesgos inherentes a ese traslado. En el año 2017 solicitó su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual fue negado el 4 de octubre de 2017, así mismo el 13 de octubre de 2017 fue negada la nulidad del traslado al Fondo privado.

Como fundamento normativo citó, entre otros los artículos 13 y 60 de la Ley 100 de 1993, Ley 1328 de 2009, artículos 963 y 1746 del Código Civil y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011 y 46292 de 2014 y 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, dio contestación a la demanda como se observa a folios 73 a 90, mediante el cual se opone a las pretensiones incoadas por la actora, manifestando que el traslado que efectuó al Régimen de Ahorro Individual estuvo sujeto al lleno de los requisitos establecidos en la Ley por lo cual no existe causal de nulidad que lo pueda invalidar; señaló que la afiliada no es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para la fecha en que solicitó la nulidad del traslado le faltaban menos de 5 años para adquirir el derecho pensional, sin tener en cuenta que existe prohibición de trasladarse cuando al afiliado le falten menos de 10 años para pensionarse. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social.

Por su parte COLFONDOS S.A., por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 131 a 151 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición en que el traslado que efectuó la

demandante cumplió todas las formalidades y fue resultado de su voluntad libre y espontánea, por lo cual no puede argumentar que hubo engaño por parte del Fondo, cuando se le brindó la información que para esa época era pertinente, sin que hubiera existido ningún engaño; sostuvo que la afiliada no es beneficiaria del régimen de transición y para la época del traslado no contaba con una expectativa legítima que le hubiera sido truncada. Propuso las excepciones de falta de inexistencia de la obligación, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de Ahorro Individual, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo y ausencia de vicios del consentimiento.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de marzo de 2019, el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. ABSOLVER a las demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora RUTH DEL PILAR MORENO GUTIÉRREZ de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO. DECLARAR probados los hechos sustento de las excepciones de inexistencia de la obligación, no presentarse los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y la ausencia de vicios del consentimiento propuestas por COLFONDOS S.A. y las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida e inexistencia de causal de nulidad, propuestas por COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

TERCERO. CONDENAR en costas a la parte demandante. Líquidense por secretaría incluyendo en ellas la suma de \$200.000 valor en que se estiman las agencias en derecho.

CUARTO. CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el evento de no ser apelada.”

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumentó que la vinculación a un régimen de seguridad social en pensiones corresponde a un acto jurídico que debe reunir unos elementos para su validez, los que discriminó, así mismo se refirió a los vicios que se pueden presentar en el surgimiento de ese acto y la forma de sanearlos; citó los artículos 1502, 1510, 1512, 1740 y 1741. Relacionó las pruebas incorporadas al expediente, concretamente el formulario que suscribió la afiliada, a partir de lo cual infirió que el Fondo demandado cumplió los requisitos legales para que se verificara ese traslado, el cual se hizo de manera libre, voluntaria y sin presiones al no existir prueba alguna de vicios del consentimiento que puedan invalidar ese negocio jurídico. Señaló que al faltarle a la demandante más de 26 años para pensionarse cuando efectuó el traslado, cualquier cálculo en ese momento sobre el monto pensional se traduciría en una mera especulación. Indicó que la afiliada contaba con 29 años de edad y 180 semanas cotizadas para la fecha en que tuvo lugar el traslado, por ello no contaba con una expectativa legítima y mucho menos con un derecho adquirido, tampoco tuvo en cuenta la actora que contaba con oportunidades legales para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida dentro de los términos permitidos por la Ley. Citó las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083, 31314 y SL 1236 de 2014, en las cuales los fundamentos fácticos correspondieron a personas beneficiarias del régimen de transición y que contaban con un derecho adquirido en razón a sus especiales circunstancias, dentro de las cuales no se encuentra la demandante.

IV. RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia, se refirió a los argumentos expuestos por el Juez y citó la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 53176 SL 097 del 23 de enero de 2019, para manifestar que si bien se resolvió el caso de una persona beneficiaria del régimen de transición, eso no es óbice para considerarla aplicable a este asunto en razón a que los requisitos que se señalan frente al deber de información de los Fondos hacia quienes se van a vincular son generales y corresponden a

una carga probatoria que esos Fondos deben suplir para que se puedan considerar ausentes los vicios del consentimiento, lo cual dice que no ocurrió en este caso porque a la demandante no se le brindó ninguna asesoría, ni un buen consejo que le permitiera tomar una decisión como la de devolverse con antelación al régimen anterior. Insistió en que el deber de información no se agota con la suscripción de un formulario, sin que se hubiera demostrado por la parte pasiva que se le entregó un plan de pensiones para que de esa manera hubiera podido ejercer su derecho de libre escogencia.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 26 de marzo de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación a favor de la demandante. Así mismo mediante providencia del 3 de diciembre de 2019, 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 4 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 estableció 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 Colfondos S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

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

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

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

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

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

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito, de fecha 8 de marzo de 2019, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la demandante **RUTH DEL PILAR MORENO GUTIÉRREZ.**"

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.º 61420, emitiéndose fallo el 2 de diciembre de 2020 y en el 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 **RUTH DEL PILAR MORENO GUTIÉRREZ.**

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

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

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

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito magistrado, a partir de la providencia emitida el 19 de octubre de 2020, dentro del proceso ordinario n.º **11001 31 05 033 2016 00655 01**, procedió a apartarse

del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

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

VIII. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª 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 del 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 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

Radicación n.º 61420 SCLAJPT-11 V.00 16 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 153, se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., a partir del 26 de agosto de 1994.

Del interrogatorio de parte, absuelto por la actora, se establece que en el año 1997 a la entidad para la que labora, llegó un representante de Colfondos que, le informó junto con un grupo de compañeros de trabajo que el Seguro Social y Cajanal se iban a terminar, por lo cual era importante asegurar la pensión vinculándose a un Fondo privado; dijo la absolvente que entendía *“que era lo mismo pensionarse en un fondo público o en uno privado”*. Dijo haber firmado el formulario de afiliación a Colfondos de

manera voluntaria, pero *“no fui consiente que estaba en riesgo mi vejez por la forma de la pensión”*, sostuvo que solo hace 5 o 6 años advirtió la situación que se presentaba en los fondos privados porque varios compañeros le manifestaron *“que les había salido la pensión muy bajita en el Fondo”*, por lo cual se dirigió a Colfondos para verificar cual sería el monto de su pensión, pero no le fue dada esa información, que varios años después un conocido que hace cálculos de pensión le dio a conocer la diferencia en los dos regímenes que para ese momento era de \$1'800.000 menos en el Fondo privado, lo cual considera razón suficiente para solicitar el traslado.

Entre tanto COLFONDOS S.A., en su escrito de contestación, preciso: *“que brindo a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen”*. (Folio 137)

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

Adicionalmente, COLFONDOS S.A. en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió a la afiliada, una asesoría o información acerca de las características del sistema, los productos y las condiciones para acceder al beneficio pensional, pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

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 26º de agosto de 1994, por lo

que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se **REVOCARÁ** 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 Once Laboral del Circuito, el 08 de marzo de 2019, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de **COLPENSIONES** a la AFP COLFONDOS S.A., el 26 de agosto de 1994, por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta según se expuso.

SEGUNDO: ORDENAR A COLPENSIONES a recibir ese traslado y convalidarlo en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas que se exigen en el régimen que administra.

TERCERO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

**Última hoja del proceso ordinario n.º 11001310501120170069501, promovido por
RUTH DEL PILAR MORENO GUTIÉRREZ vs COLPENSIONES Y OTROS**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ZORAIDA PINILLA SERRANO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 029 2018 00225 01

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a dar 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, no sin antes advertir que en la providencia en mención, se señaló a la señora CLAUDIA MARITZA MUÑOZ GÓMEZ, quien funge como apoderada de ZORAIDA PINILLA SERRANO, entendiendo la Sala que los derechos fundamentales amparados son a favor de la hoy demandante.

I. ANTECEDENTES

La señora ZORAIDA PINILLA SERRANO, pretende se declare nulo e ineficaz el traslado efectuado al fondo de pensiones HORIZONTE hoy PROTECCIÓN S.A., el 31 de agosto de 1994, por incumplimiento del Fondo de su deber legal de información al no brindar asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible a la demandante sobre las características del régimen de ahorro individual con solidaridad y las consecuencias de esa decisión, por lo cual solicita ordenar su traslado a COLPENSIONES junto con la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos sus rendimientos.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 23 de junio de 1960, inició su vinculación al sistema de pensiones en el régimen de prima media con prestación definida desde el 16 de agosto de 1983 y se trasladó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A. el 31 de agosto de 1994, sin que al momento del traslado se le hubiera brindado la información necesaria respecto de las características de ambos regímenes, así como una proyección pensional, ni la posibilidad de retractarse de ese traslado; informó que el 15 de agosto de 2017 Protección le informó el monto aproximado de su mesada pensional en la suma de \$1'892.522 en tanto que en Colpensiones sería de \$4'161.292, por lo cual el 2 y 7 de noviembre de 2017 en forma respectiva solicitó a las entidades demandadas anular su afiliación al RAIS y disponer su regreso a Colpensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional; la Ley 100 de 1993, ley 1151 de 2007, decreto 2196 de 2009, Decretos 656 y 692 de 1994, Decreto 1642 de 1995, Ley 797 de 2003, artículo 1603 del Código Civil y Decreto 2071 de 2015.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A. dio contestación mediante el memorial que obra a folios 112 a 122, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que las actuaciones de ese Fondo frente a la vinculación de la demandante estuvieron precedidas de buena fe y legalidad, así mismo que ella de manera libre y voluntaria suscribió el formulario de afiliación con lo cual manifestó su voluntad de vinculación, que la asesoría brindada fue completa y comprensible por lo cual no puede pretender la ineficacia de ese acto, ya que el desconocimiento de la ley no genera vicio en el consentimiento y de haberse presentado nulidad ya se encontraría saneada, sostuvo que la solicitud de nulidad va en contravía de los actos propios de la actora. Finalmente manifestó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no resulta aplicable a este caso. Solicitó integrar la litis con Porvenir S.A. y propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y compensación.

COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 123 a 134 del plenario, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Protección S.A., sin que demuestre que en el trámite de traslado se hubiera producido error, fuerza o dolo, por lo cual no procede la solicitud de declarar su nulidad 24 años después de haber tomado esa decisión porque eso va en contra de la estabilidad financiera del sistema de pensiones, sin que legalmente sea posible el traslado de régimen cuando al afiliado le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación mediante el escrito que obra a folios 149 a 156, en el que luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, adujo que a la demandante se le brindó toda la información del traslado acorde con las disposiciones legales y de conformidad con el control que ejerce sobre los Fondos la Superintendencia Financiera, por lo cual la afiliación efectuada el 31 de agosto de 1994 es plenamente válida. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones reclamadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de octubre de 2019, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de ZORAIDA PINILLA SERRANO identificada con la CC. N° 63.281.524 el 31 de agosto de 1994 a la demandada Horizonte Pensiones y Cesantías hoy ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO. ORDENAR a la demandada FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante ZORAIDA PINILLA SERRANO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir del FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO. ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración que hubiese descontado por el tiempo que permaneció la demandante en dicho Fondo, estos deberán ser girados a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

QUINTO. SIN CONDENA en costas.

SEXTO. CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser recurrida por la parte demandada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

El A-quo argumento que la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes pensionales, cada uno con características diferentes, sin que en esa norma regulara el deber de las entidades de impartir una adecuada asesoría a los trabajadores para el momento de la afiliación, que solo a través de pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 2008 hasta el 2019-citando la providencias con radicados 31989 de 2008 y 33083 de 2011, se determinó que las entidades administradoras de pensiones estaban en la obligación de impartir información veraz, completa y oportuna a sus afiliados previo a la vinculación, aspectos que en el presente asunto no se lograron acreditar; sin que sea óbice para acceder a lo pretendido en la demanda que la afiliada no se encuentre cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en esa medida se debe tener en cuenta que la Corte Suprema, en sus últimas decisiones determinó la figura de la inversión de la carga de la prueba en todos los eventos, sin importar que se tenga una expectativa legítima o no, por lo cual consideró que es deber ineludible de los Fondos privados suministrar la información clara, veraz y efectiva respecto de las condiciones de la pensión en el régimen de ahorro individual.

III. RECURSO DE APELACION COLPENSIONES

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia con fundamento en que la demandante nunca estuvo afiliada a Colpensiones sino a Cajanal y por ello es inequitativo que ahora se beneficie con esa vinculación a Colpensiones de las previsiones con que cuenta el fondo común del régimen de prima media, lo cual va en detrimento de quienes si han permanecido por largos años vinculados a esa entidad de seguridad social.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PROTECCIÓN S.A.

Igualmente solicitó revocar la sentencia y en forma puntual se absuelva a la entidad del pago correspondiente a la devolución de las sumas a que se contrae el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, con fundamento en que esas sumas están destinadas para los recursos con que se pagan el seguro previsional y los demás gastos fijados por la ley, por ello la gestión de administración corresponde a un aspecto ya causado por lo cual considera que no resultan procedentes esas condenas y al ser declarada la ineficacia del traslado a la demandante le correspondería devolver al Fondo privado las sumas correspondientes a los rendimientos que tuvo su capital en la cuenta de ahorro individual y de no hacerlo se genera un enriquecimiento sin causa injustificado a favor de la actora.

V. RECURSO DE APELACIÓN PORVENIR S.A.

Pidió revocar la sentencia con fundamento en que a ese Fondo le queda imposible cumplir lo ordenado en la sentencia porque la afiliación suscrita por la demandante con Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. fue migrada mediante las afiliaciones posteriores con la anulación del registro inicial que hizo a este Fondo por lo cual reitera que es imposible cualquier trámite cuando ya no existe esa vinculación; sostuvo que en igual sentido los rendimientos que tuvo en ese Fondo ya tuvieron sus deducciones de orden legal y no pueden ser devueltos en momento alguno. Reiteró su solicitud de revocar todas las condenas impuestas a Porvenir S.A.

II. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 30 de octubre de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta. Así mismo mediante providencia del 23 de julio 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 30 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. y Protección 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 agosto del año 1994, fecha del traslado a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A. y en el mes de marzo de 1998, cuando hizo el traslado a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., sin que puedan aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: SE REVOCAN las condenas impuestas a PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. respecto de la ineficacia de la afiliación que realizó la actora al RAIS en el año 1994 y lo relacionado con la devolución de los gastos de administración, 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 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 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 intervino 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 se imponen a la parte actora.

Esta decisión se notificará por edicto.”

III. 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 61340, emitiéndose fallo el 25 de noviembre 2020 y en el 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 CLAUDIA MARITZA MUÑOZ GÓMEZ.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 30 de septiembre de 2020, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que, en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

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

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

IV. 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 nº 59412 y 59.352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66ª 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 del hoy demandante en la sentencia de tutela que promoviera, fueron los siguientes:

“De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que el Tribunal accionado, en la providencia de 30 de septiembre de 2020, incurrió en la causal específica de procedencia de la tutela contra providencias judiciales denominada «desconocimiento del precedente judicial».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En el presente asunto, tenemos que del documento de afiliación obrante a folio 8, se corrobora que la demandante se vinculó al RAIS administrado inicialmente por HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A., el 31 de agosto de 1994, posteriormente se trasladó a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., desde el 20 de marzo de 1998. (fl. 9)

Del interrogatorio de parte, absuelto por la demandante, se pudo establecer que es Administradora de Empresas y labora para la Superintendencia de Salud, manifestó que en el mes de agosto de 1994 llegaron unos asesores a esa entidad y abordaron a cada empleado con un formulario previamente diligenciado en la parte que corresponde al empleador, le manifestaron que Cajanal se iba a acabar y que por ello el Gobierno había creado unos Fondos para permitir a los trabajadores pensionarse; narró que esto fue durante aproximados 10 minutos y de manera individual, sin que le dieran ninguna otra información, ni al inicio ni durante el tiempo en que estuvo vinculada y por eso se trasladó a Davivir porque les ofrecieron sostenibilidad y seguridad al tratarse de un Fondo con mayor número de afiliados

Entre tanto PORVENIR .A., en su escrito de contestación, preciso: *“la información suministrada al demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. (...) Es claro entonces que el demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación”* (Folio 150-151)

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes

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

Adicionalmente, PORVENIR S.A. en su escrito de contestación, manifestó que previo al traslado de régimen pensional impartió a la afiliada, una asesoría o información, empero pese a dicha afirmación no existe prueba alguna que avale dicho supuesto factico, quedándose a juicio de la Sala en una simple manifestación.

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

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

[...]

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

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a

la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a HORIZONTE Pensiones y Cesantías S.A. hoy PORVENIR S.A., el 31 de agosto de 1994, posteriormente se trasladó a DAVIVIR S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., desde el 20 de marzo de 1998. (fl. 9), por lo que esta última deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta. En consecuencia, se CONFIRMARA 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 Veintinueve Laboral del Circuito, el 11 de octubre de 2019, según se expuso.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia,

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



CLARA LETICIA NINO MARTINEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

**Ultima hoja del proceso ordinario n.º 11001310502920180022501, promovido por
ZORAIDA PINILLA SERRANO vs COLPENSIONES Y OTROS**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR OMAR CONTRERAS SÁNCHEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RADICADO: 11001 3105 029 2018 00618 01

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito allegado por correo electrónico, se **RECONOCE** a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía N° 37.627.008 de Puente Nacional y portadora de la Tarjeta Profesional N° 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

En atención al auto precedente, que ordenó la remisión del expediente a este Despacho, dado que la ponencia inicial no fue acogida por la mayoría de los Magistrados integrantes de la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, se procede a estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES,

frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de febrero de 2020.

Por otra parte, se advierte que la apoderada de COLPENSIONES, presentó escrito de alegaciones en el cual reiteró los argumentos expuestos al dar contestación a la demanda frente a la validez del trámite que hizo el actor para trasladarse al Fondo privado al no acreditarse ningún vicio del consentimiento, así como a la prohibición legal para ese traslado contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para acceder al derecho pensional.

I. ANTECEDENTES

El señor OMAR CONTRERAS SÁNCHEZ solicitó declarar la nulidad del traslado efectuado a OLD MUTUAL S.A. y posteriormente a COLFONDOS S.A., por la falta de información por parte de los asesores de dichos fondos. Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó se ordene a COLPENSIONES realizar todas las gestiones tendientes a la anulación del traslado efectuado por el actor el 20 de agosto de 1997 y a recibir nuevamente al actor como afiliado sin solución de continuidad.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 14 de febrero de 1956 y desde el 1º de enero de 1995 se afilió al sistema general de seguridad social en pensiones ante el ISS hoy Colpensiones, informó que efectuó traslado al Fondo privado el 20 de agosto de 1997, decisión que afirma no estuvo precedida de la suficiente ilustración, porque contó con ninguna asesoría por parte del Fondo para adoptar esa decisión, por lo cual el 16, 19 y 29 de octubre de 2018 solicitó de manera respectiva a las entidades demandadas la nulidad de ese traslado.

Como fundamento normativo citó los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional, la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 33083 de 2011, 31989 de 2008 y 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 79 a 84, en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición en la ausencia de vicios del consentimiento en el trámite del traslado, el cual no fue solicitado por el actor dentro de los términos legalmente previstos; manifestó que para la fecha en que se efectuó la vinculación al RAIS no existía la obligación legal de brindar información en la forma pretendida, sin que en este caso sea aplicable el precedente judicial. Propuso las excepciones de fondo de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena y la genérica.

A su turno OLD MUTUAL S.A. dio contestación a la demanda como se observa a folios 122 a 137, mediante escrito en el cual se opuso a las pretensiones incoadas, manifestando que la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por ello el actor al efectuar su traslado aceptó todas las condiciones propias del RAIS, sin que exista causal de nulidad en ese acto por lo cual la vinculación se debe mantener vigente, teniendo en cuenta igualmente que el demandante no reúne los requisitos de ley para que se disponga el traslado que solicita. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

COLFONDOS S.A., contestó la demanda con el memorial incorporado a folios 163 a 176, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición en que el traslado que efectuó el demandante estuvo precedido de una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y se le recordó acerca de las características de dicho régimen, así como de las diferencias frente al de Prima Media con Prestación Definida, por lo cual sostuvo que no tiene asidero legal, ni fáctico la pretendida nulidad del traslado. Propuso las excepciones de validez de la

afiliación, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de febrero de 2020, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación del señor OMAR CONTRERAS SÁNCHEZ identificado con CC. 13.841.888, en cabeza hoy de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS suscrita el 20 de agosto de 1997, por los motivos expuestos. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo tanto siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a devolver a la, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante OMAR CONTRERAS SANCHEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, y gastos de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO. ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO. SIN CONDENAS en costas.

QUINTO. CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser recurrida por la parte demandada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”

Como argumento de la decisión se indicó que la Ley 100 de 1993, estableció dos regímenes pensionales, cada uno con características diferentes, sin que en esa norma regulara el deber de las entidades de impartir una adecuada asesoría a los trabajadores para el momento de la afiliación, que solo a través de pronunciamientos emitidos por la Sala de Casación Laboral desde el año 2008 hasta el 2019-citando la providencias con radicados 31989 de 2008 y 33083 de 2011, se determinó que las entidades administradoras de pensiones estaban en la obligación de impartir información veraz, completa y oportuna a sus afiliados previo a la vinculación, aspectos que en el presente asunto no se lograron

acreditar; sin que sea óbice para acceder a lo pretendido en la demanda que el afiliado no se encuentre cobijada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en esa medida se debe tener en cuenta que la Corte Suprema, en sus últimas decisiones determinó la figura de la inversión de la carga de la prueba en todos los eventos, sin importar que se tenga una expectativa legítima o no, por lo cual consideró que es deber ineludible de los Fondos privados suministrar la información clara, veraz y efectiva respecto de las condiciones de la pensión en el régimen de ahorro individual, razones por las que consideró procedente declarar la nulidad de ese traslado.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

V. CONSIDERACIONES

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

COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó: Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

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

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

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

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

Obra el formulario de afiliación a SKANDIA S.A. a partir del 20 de agosto de 1997 (folio 138) y el traslado posterior a COLFONDOS S.A. efectuado el 30 de mayo de 2012 (fl. 177)

Las demandadas desistieron de la prueba de interrogatorio de parte al actor, por lo cual las pruebas documentales dan sustento fáctico a las conclusiones que se adoptan en esta sentencia.

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en

cuanto declaró la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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,

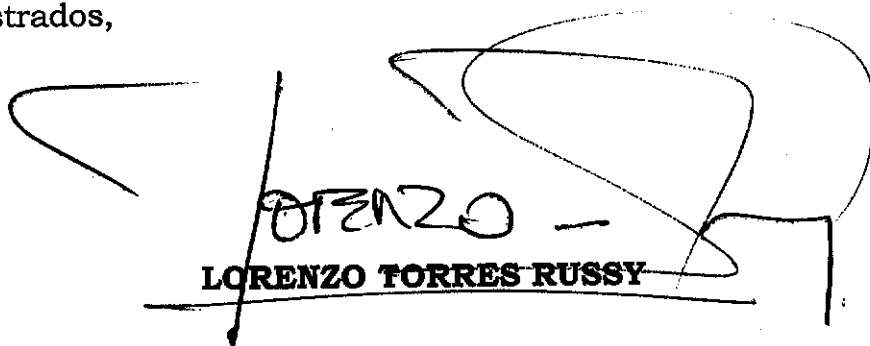
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 de febrero de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



CLARA LETICIA NINO MARTÍNEZ



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Aclaración de Voto)



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ROBERTO ANTONIO PÉREZ TOVAR contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 031 2019 00714 01

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

SENTENCIA

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El señor ROBERTO ANTONIO PÉREZ TOVAR, pretendió se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de PORVENIR S.A., con efectividad al 18 de febrero de 1997, así como el traslado que posteriormente efectuó a COLFONDOS S.A., el 28 de febrero de 2002, y se tenga como única vinculación válida al sistema de seguridad social en pensiones la que inicialmente tuvo con el ISS hoy COLPENSIONES; con fundamento en el incumplimiento del Fondo del deber de información, lo cual generó un perjuicio en su derecho pensional.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 4 de noviembre de 1956 y cuenta con más de 62 años de edad, fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones ante el ISS a partir del 1° de febrero de 1996 y con efectividad al 18 de febrero de 1997 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con Porvenir S.A., sin que se le hubiera brindado la información necesaria y precisa sobre las consecuencias futuras de ese traslado, ni las condiciones para pensionarse, lo cual igualmente ocurrió cuando se trasladó a Colfondos S.A., el 28 de febrero de 2002; manifestó que al efectuar consultas posteriores sobre su situación pensional advirtió que no se le había suministrado información suficiente y verdadera y que con la proyección pensional que le fue suministrada por Colfondos S.A., se determinó el monto de su pensión que resultó inferior al que le correspondería en Colpensiones. por lo cual el 21 de agosto de 2019 solicitó su traslado a Colpensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 48, 53 y 335 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 656 de 1994 y el artículo 1604 del Código Civil; e hizo referencia a las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicación SL 1452-2019 68852, SL 1421-2019 56174 y SL 1688-2019 68838.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, por medio de apoderado judicial, dio contestación como aparece en el escrito de folios 66 a 71, en el que se opuso todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la solicitud de traslado objeto del litigio se efectuó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, falta de causa y de título para pedir.

PORVENIR S.A. contestó la demanda por medio del escrito incorporado a folios 93 a 111, en el que se opuso a lo pretendido en la demanda al manifestar que ese Fondo cumplió con la obligación de informar al actor las condiciones de causación de su pensión de vejez y los aspectos

inherentes al régimen que escogió. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe de la demandada.

COLFONDOS S.A., mediante el escrito que obra a folio 75 manifestó allanarse a la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de agosto de 2020, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación realizada por el demandante ROBERTO ANTONIO PEREZ TOVAR a PROVENIR S.A. y en consecuencia declarar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLFONDOS S.A. las sumas de dinero que descontó por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros, de los aportes que fueron realizados por la demandante.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las sumas de dinero que canceló al demandante por concepto de aportes junto con sus frutos e intereses civiles, sin que le sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, seguros, entre otros. Así mismo deberá trasladar la suma que le transfiera PORVENIR.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir al demandante ROBERTO ANTONIO PEREZ TOVAR en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como si nunca se hubiera trasladado de régimen.

QUINTO. CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio SMLMV a PORVENIR S.A. No imponer costas ni agencias en derecho a COLFONDOS S.A. ni a COLPENSIONES.

Teniendo en cuenta que la sentencia es adversa a los intereses de COLPENSIONES, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento que la sentencia no sea apelada.”

Como sustento de su decisión señaló que se debe acatar el precedente judicial que proviene de la reiterada jurisprudencia emitida por la H. Corte Suprema de Justicia, vertido en las múltiples sentencias que relacionó en su decisión al manifestar que en las sentencias de tutela proferidas se ordenó de manera expresa obedecer dicho precedente; al no encontrar

acreditada la información que se debía suministrar al afiliado en los términos que disponen las referidas sentencias.

IV. RECURSOS DE APELACION PORVENIR S.A.

Fundamentó su solicitud de revocar la sentencia recurrida en que el traslado del actor fue libre, espontaneo y sin presiones al haber recibido la asesoría verbal con la información frente al régimen pensional al que se estaba vinculando y con la suscripción en debida forma del formulario de afiliación, sin que para esa época existiera la obligación legal de documentar dicha información, la cual solo surgió con posterioridad, por lo cual consideró que el traslado se materializó en debida forma. Se refirió a la imposibilidad de efectuar el traslado de las sumas correspondientes a gastos de administración por haberse causado con la vinculación del afiliado a ese Fondo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, concretamente los promovidos por Beatriz Helena Nieto Lezama y Hernán Quintero Cardona, en virtud de los cuales acato la orden de tutela y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

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

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

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

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido. Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

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

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

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó: Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

[...].

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

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

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

En el presente asunto, se incorporó el formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. suscrito el 23 de octubre de 2000 (fl.26), así como a COLFONDOS S.A., el 20 de agosto de 2014 (fl. 43). Igualmente, PORVENIR S.A. certificó que el actor se vinculó a ese Fondo desde el 18 de febrero de 1997 (fl. 25). En la audiencia practicada la Juez indicó que fue remitido por Colfondos otro formulario de afiliación de fecha 22 de mayo de 2002, el cual ordenó incorporar al expediente.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante, manifestó que es de profesión Médico y encontrándose en el consultorio en que laboraba para la EPS Cafesalud, recibió a un asesor de Porvenir, quien le informó que el Seguro Social se acababa y que no podría responder por las pensiones de sus afiliados, por lo cual lo mas viable era que se trasladara a ese Fondo porque allí la pensión sería mejor, y que por eso todo el personal que laboraba en esa EPS se había trasladado a dicho Fondo; sostuvo que la charla con el asesor fue de 15 o 20 minutos y esa fue la única información que se le suministró. Manifestó que en el año 2000 suscribió otro formulario con Horizonte porque le fue indicado que así lo debía hacer porque Porvenir y ese fondo eran lo mismo y que era solo un requisito para mantener la afiliación. Señaló que al cumplir la edad para pensión solicitó le informaran sobre el monto de la misma y le fue indicado que correspondería a una suma aproximada de \$1'300.000, que considera muy mínima frente a todo el tiempo que ha laborado y a sus ingresos salariales, dijo que de pensionarse con esa suma tendría que seguir laborando todo el resto de su vida para lograr mantenerse.

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

