



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO RIGOBERTO CAÑÓN CUECA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 015 2018 00501 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

I. SENTENCIA

La Sala 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 H. Corte Suprema de Justicia dentro del proceso ordinario de la referencia.

Se advierte que el apoderado del demandante presentó alegatos de conclusión como se observa a folios 383-384, en los cuales solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que el fondo privado no cumplió con el deber de información, y además que no se acreditó de manera alguna que el demandante haya recibido una asesoría idónea, clara y oportuna. Asimismo, señaló que la AFP también incumplió con su obligación del buen consejo y de entregar un plan de pensiones, de acuerdo con lo preceptuado en el Decreto 656 de 1994.

Respecto de los alegatos de conclusión y el poder de sustitución visibles a folios 373-381 del expediente, estos no se tomarán en cuenta ya que no corresponden al presente proceso, pues en aquellos la demandante es Ana

Cecilia Ojeda Velásquez, de radicado 2018-00405, y en el poder figura el nombre Rigoberto Rueda.

II. ANTECEDENTES

Se solicitó en la demanda, declarar la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante, en el mes de Junio de 2013 a COLFONDOS S.A., por existir engaño y asalto a su buena fe, induciéndole a error y viciando su consentimiento. Como consecuencia de la anterior declaración, se declare la nulidad en los traslados efectuados en el mes de enero de 2013 a AFP PORVENIR S.A., y noviembre de 1999 a PROTECCIÓN S.A., y se ordene a COLFONDOS S.A., retornar al demandante a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido.

Fundamentó sus pretensiones, manifestando que en el año de 1999 fue trasladado a PORVENIR S.A., luego de recibir información por parte de asesores de este fondo, quienes le indicaron que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se iba a acabar, y lo llevaron a tomar la decisión con engaños. Que posteriormente en el año 2013 se trasladó a COLFONDOS S.A., buscando obtener una mejor pensión y bajo el mismo engaño.

Como fundamentos de derecho señaló: Arts. 48, 49 y 53 Constitución Nacional, Arts. 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 Código Civil, Sentencias SL31989 de 2008 y SL 33083 de 2011.

III. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, fundamentó su oposición, al considerar que los traslados realizados por la actora a las AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., son plenamente válidos, por lo tanto, el vicio alegado deberá ser probado en el desarrollo del proceso judicial. En segundo lugar, manifestó que conforme al art. 2 de la Ley 797 de 2003, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios (folios 149-155).

Por su parte COLFONDOS S.A., indicó que la afiliación fue realizada en su momento por la AFP PROTECCIÓN S.A., siendo en ese caso esta última, la encargada de brindar la información al demandante. También manifestó que la afiliación del demandante a COLFONDOS S.A., se trató de un traslado entre administradoras del RAIS, donde el actor ratificó sus propios actos y por segunda vez solicitó su traslado a una AFP. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (folios 192-207).

PROTECCIÓN S.A., igualmente se opuso a que se declare la nulidad en el traslado del actor, por considerar que es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, por haberse realizado en forma libre y voluntaria, en los términos del art. 11 Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre escogencia del régimen a través de la suscripción del formulario de afiliación, lo cual es señal de aceptación. También señaló que no es posible el traslado del demandante, ya que le faltan menos de 10 años para pensionarse. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe y prescripción (folios 212-230).

Finalmente, PORVENIR S.A., manifestó que al demandante se le brindó la información suficiente por parte de los asesores al momento de la afiliación, y que su traslado estuvo precedido de una decisión libre e informada. Además, señaló que de acuerdo con la carrera del demandante (Ingeniero Catastral), no es posible afirmar que no contaba con la información, ya que su formación profesional le permite tener conocimiento sobre los regímenes pensionales. Aunado a lo anterior, esta demandada señaló que el actor tomó una decisión voluntaria, la cual fue manifestada por escrito al momento de realizar la vinculación o traslado, hecho que se realiza con la firma del formulario. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (folios 263-270).

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de junio de 2019, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR nula la afiliación efectuada por el señor demandante RIGOBERTO CAÑÓN CUECA o traslado, efectuado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el día 24 de septiembre de 1999 con efectividad a partir del 1 de noviembre del año 1999, a través del fondo PROTECCIÓN. Como consecuencia de lo anterior, declarar igualmente nula la afiliación efectuada o traslado efectuado horizontalmente al fondo PORVENIR y como consecuencia de lo anterior también el traslado efectuado a COLFONDOS, ordenando entonces a esta administradora a la cual se encuentra afiliado COLFONDOS, traslade los aportes o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante, al régimen de prima media a través de la administradora COLPENSIONES y a esta, que reciba y reactive la afiliación del señor demandante y acredite como semanas efectivamente cotizadas ante dicho régimen los recursos que traslade COLFONDOS del régimen de ahorro individual.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada PORVENIR de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y respecto a las excepciones declarar no probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación.

TERCERO: no condenar en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se dispondrá remitir las diligencias al Superior para efectos de que la revise en el grado jurisdiccional de consulta”

Indicó que correspondía a la AFP PROTECCIÓN S.A., probar que ilustró al demandante suficientemente en cuanto a las ventajas y desventajas de un régimen y otro, así como sus características, y siendo que la única documental que obra en el plenario es el formulario de afiliación, se encuentra que no cumplió con la carga de la prueba (Sentencias 361 de 2019, 1421 de 2019, 1688 de 2019). Referente a la ratificación por los múltiples traslados que efectuó el demandante, dijo que en atención a la

Sentencia SL12136 de 2014, la afiliación no se convalida con los traslados que realice el demandante dentro del RAIS.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 5 de agosto de 2019, dispuso admitir el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta frente a Colpensiones; por auto del 19 de junio de 2020 se corrió traslado a las partes y con providencia del 5 de agosto de 2020, se señaló el 13 de agosto de 2020 para proferir por escrito la decisión de segunda instancia.

En la fecha señalada, la Sala mayoritariamente emitió la siguiente sentencia:

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

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

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

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

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

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

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

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las

condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

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

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

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

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

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

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

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación del demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el 1 de noviembre de 1999, fecha del traslado a 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 de la actora al RAIS y cualquier posible perjuicio derivado de la misma, son producto de la voluntad y decisión unilateral del demandante, que optó por cambiar la forma de financiación de su pensión, sin su intervención; constituyéndose en un hecho ajeno en el que no participó Colpensiones, por lo que ningún perjuicio pudo causar y, en consecuencia, ningún daño debe reparar.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º 62552, Corporación que emitió fallo el 7 de abril de 2021, notificado el 15 de abril de 2021 y en la cual se dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales invocados por el tutelante.

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 el accionante instauró contra Protección S.A., Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Colpensiones. Asimismo, las actuaciones posteriores a dicha providencia.

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 teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Exhortar al Colegiado de instancia encausado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial 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 CC C-621-2015 y CC SU-354-2017 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.”

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VIII. CONSIDERACIONES

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

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

“De acuerdo con lo expuesto en los numerales precedentes, esta Sala de la Corte Suprema de Justicia concluye que el Tribunal accionado, en la providencia de 18 de septiembre de 2018, 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.”

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 al accionante destaca lo siguiente:

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

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

En el presente asunto, tenemos que el 1º de noviembre de 1999, el demandante suscribió formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., según consta a folio 22 del plenario.

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 declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP PROTECCION S.A., el 1º noviembre de 1999, y en consecuencia se CONFIRMA la sentencia de primera instancia.

COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala 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,

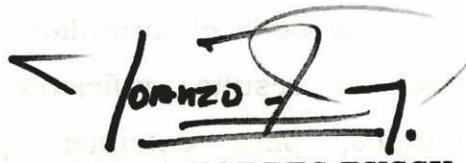
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito, el 12 de junio de 2019, 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


ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA