



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 10 2018 00010 01
DEMANDANTE: JUAN CARLOS CONTECHA CARRILLO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Con la presente se da cabal cumplimiento al fallo de tutela STL3311-2021, radicado n° 62490 del 17 de marzo de 2021, emitida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la que dispuso “**SEGUNDO:** *Dejar sin valor legal ni efecto jurídico* alguno el fallo que el Tribunal Superior de Bogotá profirió el 9 de julio de 2019, en el proceso ordinario laboral que motivo la interposición del resguardo constitucional. **TERCERO:** *Ordenar* al Tribunal convocado 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.”

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación con Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a las demandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para anular el traslado, así como a trasladar la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual, se reconozcan los demás derechos en aplicación de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de abril de 1963 y se afilió al sistema de pensiones a través del Instituto de los Seguros Sociales el 1º de octubre de 1994, en el que cotizó un total de 239 semanas. Manifestó que el 1º de abril de 2001 se trasladó a Porvenir S.A. sin la debida información donde hasta el 30 de noviembre de 2017 un total de 882 semanas. Porvenir S.A. le informó que su mesada de pensión de vejez en el RAIS correspondía a \$2.139.100 para el año 2025, entre tanto, en Colpensiones correspondería a \$6.254.448. Además, que reclamó la nulidad del traslado ante Colpensiones y Porvenir S.A.

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Sostuvo que no hay lugar a declarar la nulidad anhelada dado que la afiliación tiene plena validez y legalidad, además que la accionante no goza del régimen de transición pensional por lo que debió trasladarse cuando le faltaran 10 años para cumplir con el requisito de edad. Con el fin de enervar las pretensiones, planteó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho y las demás declarables de oficio (f.º 75 a 79).

Por su parte, Porvenir S.A. también rechazó la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de reclamación administrativa y manifestó no constarle los restantes. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables de forma oficiosa. (f.º 91 a 98).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de abril de 2019 declaró la nulidad de la vinculación del demandante al RAIS a través de Porvenir S.A. En consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos. Ordenó a Colpensiones a recibir el traslado del actor. (f.º 160 y 161).

Como sustento de su decisión, señaló que la suscripción del formulario de afiliación no demuestra que el afiliado haya recibido una información clara y precisa respecto de las consecuencias que implicaban el cambio de régimen. Adujo que del interrogatorio de parte absuelto por el actor no se puede deducir elemento confesional alguno.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

La **AFP Porvenir S.A.** argumentó que no se logró probar el engaño ni la falta de información y que al momento en que el actor solicitó la nulidad, ya no era viable el traslado de conformidad con la ley.

Por su parte, **Colpensiones** manifestó su inconformidad en cuanto a la jurisprudencia citada por el *a quo*, toda vez que están basados en casos específicos donde el afiliado es beneficiario del régimen de transición, circunstancia que no se configura en el presente caso. Adujo que no quedó probado el engaño ni el incumplimiento en el deber de la AFP y que los formularios están preestablecidos, revisados y autorizados por la Superintendencia Financiera.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también procedente abordar también su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. DE LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al conocer del asunto el Tribunal mediante sentencia del 9 de julio de 2019, decidió revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA

Inconforme el demandante Juan Carlos Contecha Carrillo instauró acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por la vulneración de sus derechos fundamentales.

Mediante fallo del 17 de marzo de 2021, la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia amparó sus derechos fundamentales y ordenó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dejar sin efecto la sentencia del 9 de julio de 2019, para que profiera una nueva decisión con atención a la parte considerativa de la decisión de tutela.

Conforme a lo anterior, el Tribunal se dispone a dictar sentencia de conformidad con lo ordenado por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en providencia del 17 de marzo de 2021, dentro de la acción de tutela STL3311, radicado n.º 62490.

VII. CONSIDERACIONES

Consideró la H. Corte Suprema de Justicia en la decisión de tutela que:

“(...) la Sala considera que el Colegiado de instancia encausado sí se equivocó al equiparar la rúbrica plasmada por la demandante en el formulario preimpreso de afiliación a un consentimiento informado, en tanto pasó por alto el precedente que esta Sala de Casación ha consolidado (...).

(...) es oportuno señalar que el ad quem convocado tampoco acertó al censurar al demandante por <<verificar su futuro pensional de manera tardía>>, pues nótese que tal manifestación implica una tergiversación de la carga de la prueba, en tanto era la administradora de fondos de pensiones y cesantías Porvenir S.A., la que debió acreditar que suministró al afiliado información, clara, completa y veraz (...).

(...) el Tribunal se equivocó al destacar como hecho relevante la falta de pertenencia del actor al régimen de transición, en tanto tal conclusión es opuesta de las reglas que ha establecido esta Corporación, sobre el particular, conforme con las cuales la declaración de ineficacia no está supeditada a los beneficiarios del inciso 2º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

(...)”

Pues bien, a efectos de dar cumplimiento a la decisión de tutela, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone

todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la sostenibilidad del sistema tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VIII. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 9 de abril de 1963, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 30 años y cero semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 13, 15 a 17). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 19 de febrero de 2001, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. (f.º 100). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor se afilió en la AFP Porvenir S.A. del 27 de febrero de 2001 en adelante (f.º 101).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante dijo que se trasladó de régimen porque le manifestaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, por lo que las cotizaciones que había hecho en los últimos 5 años se perderían. Además, que el traslado de régimen era lo mejor para su futuro pensional.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado al demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Conforme al escrito de demanda, y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala adicionará la decisión en este punto, pues si bien se indicó el traslado de la totalidad de los valores junto con sus rendimientos, no se ordenó la devolución de gastos de administración.

Ahora bien, como quiera el juzgado declaró la nulidad, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para decretar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión a deber de información se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde la óptica de la nulidad.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

De conformidad con las consideraciones expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adiciona la decisión en la forma indicada.

Sin costas en la consulta y en la apelación ante su no causación.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DAR CUMPLIMIENTO a la orden impartida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en decisión del 17 de marzo de 2021, dentro de la acción de tutela STL3311-2021, radicado n° 62490.

SEGUNDO: MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de abril de 2019, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado del cambio de régimen pensional efectuado por el demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 2 de abril de 2019, por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

QUINTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

SEXTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



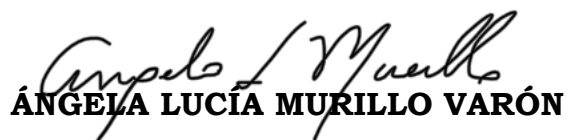
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada