



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2017 00737 01
DEMANDANTE: LILIANA CARMELA PÉREZ PÉREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D. C., catorce (14) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Con la presente se da cabal cumplimiento al fallo de tutela STL2113-2021, radicado n° 62096 del 17 de febrero de 2021, emitida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la que dispuso “**SEGUNDO: Dejar sin efecto** la sentencia de 21 de agosto de 2019, 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.”

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación con la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección 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 a que haya en aplicación de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 9 de enero de 1966 y se afilió al Sistema General de Pensiones con el Instituto de Seguro Social el 6 de mayo de 1993, por lo que cotizó un total de 263 semanas. Manifestó que el 1º de octubre de 2000 se trasladó al fondo de pensiones ING hoy Protección sin la debida información para ello. Fue así, como desde su afiliación en el régimen de ahorro individual hasta el 31 de marzo de 2016 cotizó un total de 784 semanas. Que Colfondos S.A. fue la última AFP. Colfondos S.A. en la que estuvo afiliada y le informó que su mesada de pensión de vejez en el RAIS correspondía a \$1.049.198 para el año 2023, mientras que en Colpensiones correspondería a \$3.794.206. Finalmente, señaló que reclamó la nulidad del traslado ante Colpensiones y Colfondos 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 inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y las demás declarables de oficio (f.º 110 a 122).

Por su parte, Colfondos Pensiones y Cesantías también se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y las demás declarables de oficio. (f.º 161 a 185).

La AFP Protección S.A. igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó únicamente la fecha de nacimiento de la demandante. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento

de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP Protección S.A., prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 201 a 206).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de mayo de 2019 declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, ordenó a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora Liliana Carmela Pérez Pérez junto con los rendimientos. Ordenó a Colpensiones a recibir el traslado de la actora y condenó a las demandadas a pagar las costas del proceso (f.º 301 y 304).

Como sustento de su decisión, señaló que independientemente de que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, la AFP demandada no demostró la obligación de haber brindado una información suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las características del régimen de ahorro individual, por lo que debe declararse la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que no se generó ningún perjuicio a la demandante, pues para la época del traslado voluntario contaba con 28 años de edad y 63.57 semanas cotizadas.

Asimismo, sostuvo que no se demostró que el contrato suscrito entre la demandante y la AFP tuviese un objeto o causa ilícita, tampoco que la demandante fuese incapaz. Advirtió que la AFP cumplió con los requisitos de traslado vigentes para el momento en que la actora tomó la decisión y que se afecta la sostenibilidad del sistema financiero. Finalmente, precisó que debe ser absuelta de pagar las costas del proceso.

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 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 21 de agosto 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 la demandante Liliana Carmela Pérez Pérez, instauró acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al argumentar la vulneración de sus derechos fundamentales.

Mediante fallo del 17 de febrero 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 21 de agosto 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 febrero de 2021, dentro de la acción de tutela STL2113-2021, radicado nº 62096.

VII. CONSIDERACIONES

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

“Conforme a lo anterior, revisada la providencia cuestionada efectivamente se advierte que el Tribunal enjuiciado incurrió en el desconocimiento del

precedente judicial, de acuerdo con las causales específicas descritas, entre otras sentencias, en fallo Corte Constitucional SU – 116/18 (...)

De acuerdo a lo expuesto, y de cara a la línea jurisprudencial trazada por esta Sala de Casación Laboral de Esta Corporación, es claro que la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, incurrió en una vía de hecho, ante el defecto sustantivo, por desconocimiento del precedente jurisprudencial, pues es evidente que la autoridad judicial censurada en segundo grado, soportó su decisión de no acceder a la ineficacia del traslado en que la demandante al no ser beneficiaria del régimen de transición, ello impedía la prosperidad de la nulidad del traslado por no existir un perjuicio, lo que desconoce la línea jurisprudencial de esta Sala de Casación Laboral.

Por lo expuesto, es necesario precisar que contrario a la señalado por la autoridad judicial cuestionada, la ineficacia del traslado de régimen pensional no solo procede en relación de los beneficiarios del régimen de transición, ello en razón a que la Corte no ha condicionado en su jurisprudencia a que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición a fin de que sus pretensiones sean despachadas de forma favorable, como quiera que ello carecería de justificación constitucional, pues sería tanto como otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.

(...)”

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 *ibidem*, 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 de la 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 perjudicarlo. 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 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 la promotora del juicio nació el 9 de enero de 1966 (f. ° 47), por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 28 años y 40,71 semanas cotizadas a Colpensiones (f. ° 48 a 53). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y por 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 10 de agosto de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección (f. ° 207). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora se afilió en la AFP Colfondos del 22 de marzo de 2001 en adelante (f. ° 211).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que al momento de traslado de régimen se encontraba vinculada laboralmente en publicaciones Semana. Indicó que un asesor de Santander llamado Alfredo Gómez, manifestó que el ISS se iba a acabar y, por consiguiente, que iba a perder los 5 años que había cotizado en prima media. Preciso que el asesor señaló que, si se trasladaba, la mesada pensional en el RAIS sería muy alta. Aseguró que no leyó el formulario de afiliación, pues solo lo firmó, al igual que no corroboró la información que dijo el asesor. También advirtió que el traslado a Colfondos fue en búsqueda de un mejor servicio, como quiera que el asesor le refirió que la mesada pensional también sería alta y que no se regresara a Colpensiones, pues la Entidad se iba a acabar. Finalmente, narró que la asesoría fue grupal con aproximadamente 5 o 6 personas.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Colfondos 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 a la 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.

Pues, 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 Colfondos S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la 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, donde se 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.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración mientras la demandante estuvo afiliada a dicho fondo privado, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

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 de la 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 hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada.

No se causan costas en la consulta, ni en la instancia 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 febrero de 2021, dentro de la acción de tutela STL2113-2021, radicado n.º 62096.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Colfondos 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.

TERCERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiese descontado a la actora mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado por concepto de gastos de administración debidamente indexados.

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 de la 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.

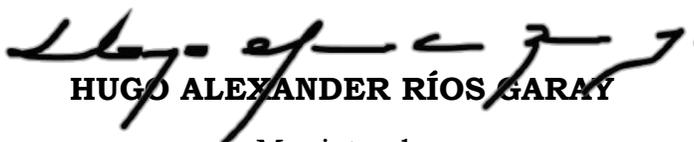
SEXTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

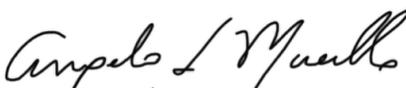
Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada