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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 **002 2014 00533 01**
DEMANDANTE: MARIO FERNANDO CASTRO FERNANDEZ.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Con la presente se da cabal cumplimiento al fallo de tutela STL8521-2021, radicado n° 63422 del 28 de junio 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 5 de julio de 2021, 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 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 del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual efectuado el 1° de marzo de 1996. En consecuencia, se ordene a la AFP Porvenir S.A. a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la afiliación, como bonos pensionales, cotizaciones, rendimientos, gastos de administración. Además, se disponga a Colpensiones a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas ante la AFP Porvenir S.A., 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 28 de septiembre de 1957 y laboró en el Ministerio del Medio Ambiente desde el 1° de abril de 1987 hasta el 18 de agosto de 1993. Se afilió al Instituto de Seguro Social el 29 de septiembre de 1994, el 1° de marzo de 1996 se trasladó a la AFP Colfondos S.A. y el 1° de agosto de 2001 a la AFP Porvenir S.A., sin la debida información para ello. Finalmente, reclamó la nulidad del traslado ante Colpensiones, la cual fue negada.

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó la fecha de natalicio, la afiliación, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que los restantes no le constaban. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y las demás declarables de oficio. (f.° 193 a 198).

Por su parte, Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Frente a los hechos, admitió la fecha de nacimiento, la reclamación administrativa y traslado a Colfondos S.A. Adujo no constarle los restantes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de traslado, buena fe y compensación. (f. ° 120 a 134).

La AFP Colfondos S.A. se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, consintió la fecha de traslado a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. Indicó no constarles los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, caducidad, pago, compensación, buena fe y las demás declarables oficiosamente. (f. ° 176 a 184).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 26 de abril de 2016 absolvió a las demandadas de todas las

pretensiones incoadas por el demandante y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. (f. ° 233 y 234).

Como sustento de su decisión, señaló que el actor no logró demostrar los vicios del consentimiento que se produjeron en su trámite de afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante interpuso recurso de apelación, para lo cual, señaló que la demandada Colfondos S.A. tenía la carga de demostrar que le proporcionó información completa clara, precisa y realizó un cálculo o proyección de la pensión que obtendría, circunstancia que no acreditó, por lo que debe declararse la nulidad del traslado.

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 5 de julio de 2016, decidió confirmar la sentencia de primera instancia.

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA INTERPUESTA

Inconforme el demandante Mario Fernando Castro Fernández, 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 28 de junio 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 5 de julio de 2016, 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 28 de junio de 2021, dentro de la acción de tutela STL8521, radicado n° 63422.

VII. CONSIDERACIONES

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

> *"(...) Tales apreciaciones del juzgador de instancia, en modo alguno pueden ser atendibles para esta Corporación, pues contrario a lo entendido por este, desde la sentencia CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, por ejemplo, esta Sala de Casación ha dejado en claro que la información precisa es un elemento esencial para pregonar que hubo libertad en la toma de la decisión, lo cual supone, necesariamente, el conocimiento de las consecuencias positivas y negativas de su acogimiento.*
>
> *(...) Desde esa perspectiva, con facilidad se colige que la regla jurisprudencial de este órgano de cierre apuntó, desde un principio, a que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, tal y como, recientemente, se decantó en la sentencia de casación CSJ SL1688 de 2019.*
>
> *Bajo estas someras consideraciones viene concluir sin dubitación alguna que hubo un apartamiento inconsulto e injustificado 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. (...)"*

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 1° 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 4° 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 albedrio 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 28 de septiembre de 1957 (f. ° 39), por lo que al 1° de abril de 1994 contaba con 36 años y cero semanas cotizadas a Colpensiones (f. ° 36). Así las cosas, el actor no es beneficiario 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 1° de marzo de 1996, así se observa del reporte emitido por Asofondos (f. ° 137). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor se afilió en la AFP Porvenir S.A. del 14 de junio de 2001 en adelante (f. ° 137).

La testigo María Hoyos Rendón señaló que para el año 1996, el IDEAM entidad en la cual trabajaba ella con el demandante, fue visitada por asesores que le dieron charlas de 15 o 20 minutos en las que les ofrecían afiliarse.

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 al demandante al momento de la afiliación, 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 no perder los aportes realizado al fondo público ante su inestabilidad, no es propio 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.

Así las cosas, la Sala revoca la decisión de primera instancia, para en su lugar, 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.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliado el demandante, deberá devolver los aportes pensionales,

rendimientos financieros, comisiones y los gastos de administración debidamente indexados a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, SL 4360-2019 que rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.° 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado.

Se precisa que no es posible eximir a la AFP Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas a la demandante por concepto de gastos de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo, dado que 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).

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).

De conformidad con las consideraciones expuestas, esta Colegiatura revoca la decisión de primera instancia, por consiguiente, declara la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la actora. Igualmente, se declara 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.

Sin costas en la apelación. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A. y

Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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 28 de junio de 2021, dentro de la acción de tutela STL8521, radicado n° 63422.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C, el 26 de abril de 2016, para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, comisiones, los gastos de administración debidamente indexados y los rendimientos financieros.

CUARTO: ORDENAR a Colfondos S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES – los valores correspondientes a los gastos de administración y comisiones debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades del tiempo en que estuvo afiliado el demandante en dicho fondo.

QUINTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de las AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A., por ende, a efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

SEXTO: 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.

SEPTIMO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva.

OCTAVO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

NOVENO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones Colfondos S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada