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

PROCESO ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ISIDRO ROLDÁN CÁRDENAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN
RADICADO: 11001 31 05 037 2018 00095 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia STL 11868-2021 de 8 de septiembre de 2021 proferida dentro del proceso identificado con la radicación n.° 63556, teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 15 de julio de 1994 con PROTECCIÓN porque en la etapa precontractual no se le brindó información veraz acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen de pensiones, para que como consecuencia, se retrotraiga las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES a tener como afiliado al demandante, se pague los intereses generados por la demora injustificada en la autorización del traslado, las costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones argumentando que la afiliación efectuada por el demandante tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó la existencia de alguna de las causales de nulidad.

Formuló como excepciones de fondo las de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fl. 66-68).

Por su parte, la entidad **PROTECCIÓN S.A.** se opuso a todas las pretensiones manifestando que el demandante de manera libre y voluntaria solicitó vincularse a la entidad, lo que desvirtúa cualquier causal de nulidad.

Como excepciones de fondo formuló las de declaración de manera libre espontánea del demandante al momento de afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP Protección excepción genérica. (fls. 91-93).

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de febrero de 2019, declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, que tuvo efectividad el 1 de agosto de 1994 y, en consecuencia, ordenó la afiliación efectiva del demandante al RPM administrado hoy por COLPENSIONES: condenó a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional y a aceptar los valores que reciba, declaró que el demandante es beneficiario del régimen de transición, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas PROTECCION.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones formuló recurso de apelación respecto de los siguientes puntos: i) no se prueba la existencia de vicios del consentimiento, ii) cualquier vicio se saneó por el paso del tiempo y iii) la discrepancia es por el valor de la mesada pensional.

Al paso que el apoderado de PROTECCIÓN recurrió la sentencia en punto de la condena por gastos de administración

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si hay lugar a declarar la nulidad de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual por omisión del deber de información para efectuar el traslado, y si hay lugar a la condena por gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 11, fotocopia de la cédula de ciudadanía, nació el 22 de noviembre de 1952.
- A folio 12, solicitud de vinculación a PROTECCIÓN el 15 de julio de 1994.
- A folio 13, solicitud de traslado a COLPENSIONES presentada el 2 de abril de 2014.
- A folios 14-21, solicitudes reiterando la petición de traslado de régimen a COLPENSIONES.
- A folios 22-25, respuesta de COLPENSIONES a las anteriores peticiones.
- A folios 26-34, 76-77, resumen de semanas en PROTECCIÓN y COLPENSIONES.
- A folio 54, declaración extraproceso del demandante indicando que su voluntad es trasladarse a COLPENSIONES porque su inconformidad es de carácter económico.
- Folio 70, expediente administrativo COLPENSIONES CD.
- Folio 94-95, historia laboral para bono de pensiones tramitada el 2 de julio de 2002.
- Interrogatorio de parte de representante legal de PROTECCIÓN y del demandante.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia SLT 11868-2021 proferida con el número de radicación n.° 63556 del ocho (8) de septiembre de dos mil veintiunos (2021).

Caso Concreto

La sentencia proferida con el número de radicación n. ° 63556 del ocho (8) de septiembre de dos mil veintiunos (2021) señala en la parte resolutiva lo siguiente:

(...) ***PRIMERO: CONCEDER*** *la tutela del derecho fundamental al debido proceso del señor* ***ISIDRO ROLDÁN CÁRDENAS.***

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS *la decisión del 29 de enero de 2020, para en su lugar, ordenar al* ***TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL,*** *que en el término de quince (15) 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. (...)*

El mencionado fallo señala que se debe emitir nueva sentencia teniendo en cuenta lo expuesto en su parte motiva; en las consideraciones, en síntesis, para el caso concreto hace alusión a los siguientes aspectos:

i) La elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse..

En esa dirección explicó la Corte lo siguiente:

(...) De ahí, que sea importante traer a colación la sentencia CSJ SL1452-2019, en la que se reiteró otros pronunciamientos en igual sentido, por medio de la cual se hizo un análisis exhaustivo, respecto a la ineficacia de los traslados de regímenes pensionales de cara a los siguientes aspectos, los cuales se han venido replicando en diversas sentencias de esta Sala:

(1) [L]a 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) determinará quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, y (4) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

Así, en cuanto al primer punto, es decir al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió, que «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que, dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros

intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)».

Para finalmente, concluir que:

«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.». (Subrayas de la Sala)

ii) el simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado.

Sobre el particular la Corte disertó:

(...) «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 (...) 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». (Subrayas fuera del texto original)

iii) La carga de la prueba:

La corte expuso lo siguiente: *(...) «el artículo 1604 del Código Civil establece que "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. (...) Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento». (Subrayas fuera del texto original) (...)*

iv) Solo es procedente la ineficacia del traslado cuando el afiliado tiene el derecho causado o es beneficiario del régimen de transición.

En este asunto el tribunal de cierre enseñó:

(...) que «[t]al argumento es equivocado, puesto que ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información».

De ahí que, anotó:

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado

información clara, cierta, comprensible y oportuna de 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.

Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto.

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de la sentencia STL11868-2021 proferida dentro del proceso identificado con la radicación 63556, hay lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Igualmente, se confirmará la condena por concepto de devolución de los gastos de administración, porque aun cuando el fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral nada refirió al respecto, se debe igualmente dar aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.° 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2019 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de *"Cumplimiento de la sentencia con la radicación n.° 63556 del ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela instaurada por* ISIDRO ROLDÁN CÁRDENAS, contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ; trámite en el que se ordenó vincular al Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral de la misma ciudad, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección S.A., como a todas las partes e intervinientes dentro del proceso ordinario laboral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

21 SEP 28 PM 3

00000