



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: NANCY ALFONSO SERNA

DEMANDADO: COLPENSIONES –PORVENIR Y OLD MUTUAL

RADICADO: 11001 31 05 039 2019 00066 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., dos (2) de noviembre 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 14215-2021 de 20 de octubre de 2021, proferida dentro del proceso identificado con la radicación n.º64722, teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare que i) existió vicio en el consentimiento por falta de información cierta, clara y oportuna al momento de firmar el formulario de vinculación por medio del cual se efectuó el traslado de régimen; ii) la nulidad del acto del traslado y iii) que no ha dejado de estar afiliada y vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, para que como consecuencia de lo anterior, se ordene a la AFP OLD MUTUAL a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentran en la cuenta individual, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono pensional a COLPENSIONES, quien a su vez deberá recibir los mismos, lo ultra y extra petita y a las demandadas en costas. (fº 7)

Respecto de dichas pretensiones, COLPENSIONES se opuso a todas y cada una con sustento en que no existe prueba que demuestre los vicios del consentimiento alegados por la demandante. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, ratificación de la decisión de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad- traslado de Colfondos a Protección S.A. (Confesión de la parte demandante), falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción e inexistencia de causal de nulidad. (f ° 119-126).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS se opuso respecto de algunas pretensiones, y frente a las otras, señaló que no se oponía ni se allanaba por cuanto ellas se encontraban dirigidas a una persona jurídica diferente. Agregó que la afiliación de la demandante goza de plena validez ante la ley, por tanto, se puede afirmar que el traslado de AFP realizado por la actora no presenta ningún vicio del consentimiento, debido a que fue un acto voluntario, libre e informado. Presentó como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y genérica (f° 132-138).

Con relación a esas pretensiones, la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., también se opuso con el argumento que la afiliación de la demandante al RAIS, a través de esa AFP, se realizó completamente informada, debido a que recibió asesoría de manera verbal y en virtud de ello, se consolidó la voluntad de afiliarse a PORVENIR por lo que no existe fundamento alguno para declarar la nulidad deprecada. Presentó como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (f ° 185-202)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de junio de 2020, declaró que el traslado que realizó la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir SA., con efectividad a partir del 1 de agosto de 2001, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Así mismo, declaró ineficaz la afiliación que se hizo estando en el régimen de ahorro individual, esto es, de Porvenir S.A. a Old Mutual S.A, cuya efectividad comenzó el 1 de julio de 2009. Condenó a Old Mutual S.A a transferir todas

las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración, todo con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A., a remitir a Colpensiones los dineros que recibió por comisión por administración durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, esto es, desde el 1 de agosto de 2001 hasta el 30 de junio de 2009. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros que se ordenaron, y reactivar la afiliación de la demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida. Condenó en costas a Porvenir y autorizó a Colpensiones para que realice las actuaciones judiciales pertinentes para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con esta decisión.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR Inconforme con la decisión de primer grado solicitó se revoque la misma, por cuanto consideró que i) el traslado obedeció a una decisión libre, espontánea, sin presiones e informada, ii) el traslado debe analizarse conforme a la normatividad vigente para la fecha de afiliación, iii) la demandante diligenció el formulario, iv) la afiliación al RAIS se ratificó con el traslado que posteriormente se realizó, y v) no procede la condena por gastos de administración.

COLPENSIONES Apeló la sentencia de primera instancia, por cuanto consideró que i) la demandante no fue presionada o coaccionada para tomar la decisión de trasladarse de régimen, ii) cuando la accionante solicitó el traslado a COLPENSIONES se encontraba inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, iii) la oportunidad para retornar al régimen pensional administrado por Colpensiones se encuentra prescrita y iv) en caso de no accederse a la revocatoria de la sentencia, solicitó que la AFP normalice la afiliación de la demandante en el sistema, así como la devolución de los aportes con la correspondiente entrega del archivo y detalle de aportes realizados por la actora durante su permanencia en el RAIS.

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 procede la condena por gastos de administración.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 36, cédula de ciudadanía que da cuenta que la actora nació el 9 de abril de 1961.
- A folio 37, formulario de solicitud de vinculación o traslado a Horizonte el 1 de junio de 2001.
- A folio 98, expediente administrativo allegado por Colpensiones donde se observa que la demandante cotizó un total del 577.86 semanas.
- A folio 101 y 156, formulario de afiliación a Skandia hoy Old Mutual, suscrito el 19 de mayo de 2009.
- A folio 162, comunicación adiada el 28 de octubre de 2010, por medio de la cual Skandia le hace saber a la demandante que no se puede dar trámite a la solicitud de traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
- A folio 204, registro SIAFP.
- A folio 209-211, comunicados de prensa.
- Interrogatorio a la parte demandante y al representante legal de PORVENIR

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia SLT 14215-2021 proferida con el número de radicación n.º 64722 del veinte (20) de octubre de dos mil veintiunos (2021).

Caso Concreto

La sentencia proferida con el número de radicación n.º 64722 del veinte (20) de octubre de dos mil veintiunos (2021) señala en la parte resolutive lo siguiente:

*(...) PRIMERO: CONCEDER la tutela del derecho fundamental al debido proceso de **NANCY ALFONSO SERNA.***

***SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS** la decisión de 31 de agosto de 2020, para en su lugar, ordenar a la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,** que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera una*

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) El deber de información de parte de las administradoras de pensiones.

(...) «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.

- ii) El simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación resulta insuficiente.

La Corte expuso lo siguiente:

(...) «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». (...)

- iii) La carga de la prueba

«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». (Subrayado fuera de texto).

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

(...)se precisó 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 STL 14215-2021 proferida dentro del proceso identificado con la radicación 64722, 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.º 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 25 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) 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.º 64722 del veinte (20) de octubre de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela instaurada por NANCY ALFONSO SERNA instaura contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, trámite en el que se dispuso la vinculación del JUZGADO TREINTA Y NUEVE (39) LABORAL DEL CIRCUITO de la misma ciudad, así como de las demás partes e intervinientes en el asunto judicial conocido con radicado «2019-00066»..*
(...)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DÁVID A. J. CORREA STEER
Magistrado