



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA MERCEDES CHAMARRO MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 009 2019 00691 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, ya que no hay expectativa legítima para la actora, como quiera que la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de

la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 18 de marzo de 1969, señaló que en el año de 1986 se afilío al Seguro Social hoy Colpensiones hasta el año 1994, que se trasladó Porvenir S.A., sin que los asesores del fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49,53, 150, 271 y 335, los artículos 3,11, 13, 21, 31, 60, 90, 91, 97, 271 y 272, el artículo 2 de la Ley 1748 de 2014, el artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, las Circulares externas 029 de 2014 y 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, los artículos 4, 5, 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 13, 60, 61, 145 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado 1452, 4964, 4689, 19447.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 30 a 47, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la actora se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, error de derecho, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 146 a 169, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación de la demandante con la AFP en el año 1994, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de mayo de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizo la demandante, MARIA MERCEDES CHAMORRO MORENO, entre el RPM administrado por el entonces ISS, hoy Colpensiones; al RAIS administrado por PORVENIR, EL 30 DE MAYO DE 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA MERCEDES CHAMORRO MORENO, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones.

QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de la Porvenir S.A. Tásense por Secretaria. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a 1 SMLMV de conformidad con el Acuerdo PSSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

SEXTO: Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC. A fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993 estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntaria por parte del afiliado, a su vez que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispuso que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta contra el derecho del

trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral la afiliación respectiva quedará sin efectos y podrá realizarse nuevamente de manera libre y voluntaria por parte del trabajador. Así mismo, que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, disposición que resulta aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones desde su creación prescribió el deber de información. Por otro lado, señaló que en reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia entre ellas las sentencias SL 12136 de 2014, y SL 4426 de 2019, que siguieron los derroteros expuestos en las decisiones 1452, 1688 y 1689 de 2019, en las que se recodó que desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Información necesaria que alude a: descripción de características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación con fundamento en que no existen elementos de juicio que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, ya que no hay una expectativa legítima para la actora como quiera que la ahora del traslado contaba con menos de 750 semanas y faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, así como tampoco no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo, por lo que la actora deberá atenerse a los mandatos del sistema general de pensiones en el régimen que se encuentra afiliada.

A su vez PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en consideración a que el formulario que suscribió la demandante es un documento público que se presume auténtico según el artículo 243 y 244 del Código General del Proceso y adicionalmente contiene unas declaraciones que exige el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección de régimen fue libre, espontánea y sin presiones, sin que dicho documento fuera tachado, aunado señaló que la AFP cumplió con la carga de la prueba requerida para demostrar que se suministró la información a la actora, agregó que los

dineros que deben trasladarse al RPM son el saldo de la cuenta de ahorro individual incluido los rendimientos, por cuanto ningún otro valor está destinado a financiar la prestación de los afiliados por lo que condenar a pagar valores adicionales se estaría configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 207 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 30 de mayo de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, en su lugar de trabajo de forma colectiva y privada en el año 1994, unos asesores de Porvenir le indicaron que el Seguro Social se iba a liquidar y que los dineros que se encontraban tendrían mucho riesgo y que al trasladarse a la AFP obtendría unas ventajas como el poder retirar el dinero en cualquier momento, así como también se podría pensionar con una mesada más alta y pensionarse de manera anticipada.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CESAR DE JESUS IBARRA RAMIREZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 015 2019 00516 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de la parte actora y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, ya que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también señaló que el

respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 13 de febrero de 1966, señaló que estuvo afiliado desde el año 1987 hasta el año 1996 en el Régimen de Prima Media, sostuvo que el 8 de octubre de 1996, se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores del fondo le suministrara la información necesaria para trasladarse.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política, el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 64 a 70, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el actor se encuentra válidamente afiliada a Porvenir. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, la

configuración al pago de intereses moratorios y la declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 55 a 132, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que los traslados que realizó el actor fueron producto de una decisión libre de presiones o engaños. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado o afiliación efectuado por el señor demandante CÉSAR DE JESUS IBARRA RAMÍREZ, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la administradora COLPATRIA hoy representado por PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior ORDENAR a esta administradora PORVENIR S.A., traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del señor demandante al Régimen de Prima Media y a esta Administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, reciba dichos recursos, reactive la afiliación del señor demandante y acredite las semanas como efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de Ahorro Individual dada la consecuencia de esta ineficacia.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas, de la pretensiones relacionada con la indemnización de perjuicios y frente a estas DECLARAR demostradas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y NO DEMOSTRADAS las excepciones frente a la condena que profiere como orden de ineficacia del traslado. TODO LO ANTERIOR CONFORME SE EXPUESTO EN LA PARTE MOTIVA.

TERCERO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las parte conforme se expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el deber de información es ineludible, ya que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional y que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente, pues la carga de la

prueba está en cabeza de los fondos de demostrar ese deber de información, por lo cual en este caso hay lugar de declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante., interpuso recurso de apelación de manera parcial en cuanto a la no condena en costas de las demandadas, con fundamento en que debe tenerse que ambas entidades fueron vencidas en juicio dentro del presente proceso, por cuanto las pretensiones de libelo introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una pretensión de la demanda que fue debidamente controvertida por las entidades demandadas que se opusieron en forma activa y siendo una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional, señaló que las mismas deber ser reconocidas, ya que así lo estipula el artículo 365 del Código General del Proceso, así como también resaltó que el artículo 361 que establece que las costas procesales se componen de la totalidad de expensas, gastos en los que incurren las partes en el devenir del proceso junto con las agencias en derecho al momento de imponerse dicha condena se debe sujetar a criterios objetivos y verificables y lo señalado para tal fin en la legislación.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, con el fin de que se revoque en su totalidad la misma, al considerar que la información que se brindó en el momento de la afiliación a la actora, fue completa, la cual se generó de forma valida e informada, resaltó que de acuerdo a documental aportada al expediente se encuentran dos formularios de afiliación los cuales nacen en cumplimiento del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, por lo que se está imponiendo a la AFP una carga probatoria imposible de cumplir, así como también señaló que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003,

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o

ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 133 a 134 se evidencia formulario de afiliación a Colpatria S.A., el 8 de octubre de 1996 y a Horizonte S.A., el 6 de septiembre de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, en su lugar de trabajo de forma colectiva en el año 1996, unos asesores de Colpatria le indicaron que el Seguro Social se iba a acabar y por ende los aportes que se realizaron a dicho fondo podrían perderse sino se trasladaba a una entidad privada y posteriormente se trasladó a Horizonte S.A, con fundamento en que Colpatria se liquidaría y por tal motivo firmo un nuevo formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto a la devolución del saldo y el componente de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte actora en relación a la no imposición de costas a las demandadas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, y al evidenciar que se incurrió en agencias en derecho procede el pago de las mismas a cargo de las demandadas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal Tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto no condeno en costas, para en su lugar fijar como agencias en derecho, la suma de \$800.000, a cargo de las demandadas.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA CONSULTA para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CUSTODIA GOMEZ OROZCO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00104 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, ya que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también señaló que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia con fundamento en que la información dada a la actora se limitó en ilusionarla en que al trasladarse tendría una mejor pensión y que obtendría la posibilidad de pensionarse a cualquier edad, sin que se hiciera un estudio como lo exige la jurisprudencia laboral para que de esta manera pudiera tomar una decisión libre, consciente, voluntaria y bien informada.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que comenzó su vida laboral el 2 de enero de 1986 afiliada en pensiones al Seguro Social, señaló que se trasladó a Porvenir S.A., el 3 de agosto de 1994, en razón a una visita de un asesor comercial de la AFP, sostuvo que no le brindo la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, los artículos 1511, 1740 y 1741 del Código Civil y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados números 12136 del 3 de septiembre de 2014, 68852 del 3 de abril de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 94 a 98, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la actora se encuentra válidamente afiliada a Porvenir. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 110 a 127, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado de régimen a la AFP en el año 1994, fue una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de junio de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante CUSTODIA GOMEZ OROZCO, el día 3 de agosto de 1994, del régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, a través de la AFP PORVENIR, y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a esta administradora, traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante a la administradora del Régimen de Prima Media COLPENSIONES, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en la historia laboral, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado como consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes.

TERCERO: si la presente providencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al Superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el deber de información es ineludible, ya que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados a fin de que estos pudieran adoptar una decisión

consciente y realmente libre sobre el futuro pensional y que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente, pues la carga de la prueba está en cabeza de los fondos de demostrar ese deber de información, por lo cual en este caso hay lugar de declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad el fallo proferido con fundamento en que no se debe aplicar el precedente de la H. Corte Suprema de Justicia de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, debido a que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información, por cuanto no era obligatorio a la AFP brindar a la demandante, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera la cual indica como única exigencia establecida para que se entendiera válido el traslado de régimen que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, por lo que la AFP cumplió con las obligaciones a su cargo, aunado a ello indicó que en relación a los gastos de administración el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivencia, por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 145 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, en su lugar de trabajo de forma colectiva en el año 1996, unos asesores de Porvenir le indicaron que económicamente sería mejor, así como también podría retirar los aportes en cualquier momento.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA CONSULTA proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de junio de 2021, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

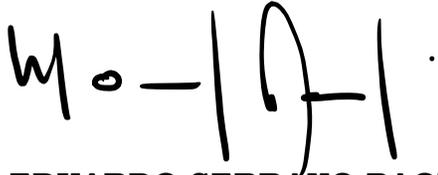
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR AMIN CASTRO IBAÑEZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 016 2020 00275 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, ya que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también señaló que

el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

el demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que inició sus aportes a pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, señaló que suscribió formulario de afiliación con Porvenir S.A., el 27 de junio de 2000, sin que los asesores de la AFP le suministrara la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional, la Ley 100 de 1993, los artículos 4, 14, y 15 del Decreto 656 de 1994, el artículo 3 del Decreto 692 de 1994, la Ley 797 de 2003, el Decreto 2071 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado que efectuó el actor se realizó de forma voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, sin que para dicha data se pudiera brindar la información certera y precisa. Propuso las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la vinculación de la parte actora en el año 2000, fue producto su voluntad libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de mayo de 2021, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen pensional que fue efectuado por el señor demandante AMIN CASTRO IBAÑEZ identificado con cedula de ciudadanía N°19.495.083, el día 21 de junio del año 2000, con destino a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS- POR VENIR S.A., esto en virtud de la omisión en el deber de información en cabeza de la mencionada administradora.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS- PORVENIR S.A., a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo para ello todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como la totalidad del monto de sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora entre otros, junto con los frutos e

intereses que hayan sido producidos en virtud de la ineficacia declarada.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a recepcionar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante tal y como se condenó en el numeral segundo que antecede, y a reactivar así la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, respecto del cual se declara es el único al que válidamente se ha encontrado afiliado el demandante en el sistema general de pensiones.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaria incluyendo el monto de 1 SMLMV a cargo de PORVENIR S.A., y de ¼ SMLMV a cargo de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cobija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición, aunado a ello, resaltó que no es suficiente con la firma de afiliación ya que no demuestra ese deber de información, dando lugar de esta manera declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación con fundamento en que se esta violando el principio de la seguridad jurídica al solicitarse documental diferente al formulario de afiliación ya que para el año 2000, era el único documento que manifestaba la voluntad de trasladarse a otro régimen pensional, aunado señaló que no se prueba la falta de información ya que el demandante sufre de problemas de memoria esto de conformidad a la documental visible a folio 2, por lo que señaló que el presente caso es un caso particular y solicito se adicione la

sentencia de conformidad con la jurisprudencia en el sentido de que el fondo privado debe hacer la devolución de los aportes como también de la cuota de administración con el fin de no afectar la sostenibilidad financiera del Régimen de Prima Media.

A su vez PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación con fundamento en que el accionante tiene una condición medica y por ende se impuso a la AFP una carga de la prueba imposible de cumplir, ya que no se esta obligado a lo imposible, debido a que solo se cuenta con el formulario de afiliación documento público que no se tacho de falso lo que hace constar que el traslado de régimen se realizó de forma libre y espontanea sin presiones conforme lo exigía el articulo 114 de la Ley 100 de 1993, que se presume una persona capaz para obligarse, aunado señaló que siempre se le garantizó al demandante la posibilidad de retracto, agregó que condenar a gastos de administración y el seguro previsional para cubrir riesgos de invalidez y muerte genera un enriquecimiento sin justa causa en la medida que no existe norma alguna que disponga la devolución, por lo que solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en su integridad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible en el expediente digital se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 21 de junio de 2000.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que la AFP PORVENIR debe devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Jacqueline Toro Lasso. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al señalar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

En consecuencia, se habrá de modificar el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la condena comprende

la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferida el 5 de mayo de 2021, por el Juzgado Dieciseis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTROS.

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00063 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

PROVIDENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, contra el auto proferido por el Juzgado Veintitres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de enero de 2021, mediante el cual se negó el llamamiento en garantía que solicitó la demandada Old mutual S.A hoy Skandia S.A.

En esta instancia se recibieron los alegatos remitidos por las partes.

La demandada Old Mutual Pensiones y Cesantías hoy Skandia S.A, por medio de su apoderado judicial señaló que el fondo de pensiones celebró un contrato de seguro previsional con Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., destinado a amparar los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados a su Fondo Obligatorio de Pensiones, por lo que resaltó que resulta evidente que en caso de que la sentencia que ponga a fin al proceso condene devolver la prima pagada como contraprestación legal por el mencionado seguro, la entidad llamada a realizar esa devolución es la asegura MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A., quien fue la que recibió el pago de la prima; en consecuencia solicitó se revoque parcialmente el auto proferido en primera instancia.

El apoderado de la parte demandante, solicitó se confirme la decisión de no acceder al llamamiento en garantía, con fundamento en que en que la demandada Skandia Pensiones y Cesantías S.A., está haciendo uso incorrecto de la referida figura estipulada en el artículo 64 del Código General del Proceso, ya que en el presente proceso no se discute la validez de la póliza previsional suscrita entre SKANDIA y MAPFRE, por lo que no es conducente que se solicite la devolución dichas primas, ya que se estaría dejando sin efectos un negocio jurídico que no fue objeto de discusión por el libelo introductorio y que tampoco es competencia del juez ordinario laboral.

I. ANTECEDENTES

1. La señora LUCIA VICTORIA CARRIZOSA LUNA promovió demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA S.A Y COLFONDOS, a efectos de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y en consecuencia se ordene la reactivación de la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.
2. COLFONDOS S.A., al momento de contestar demanda se opuso a las pretensiones y propuso como medios exceptivos los que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del

consentimiento, validez de la afiliación, prescripción y ratificación de la afiliación.

3. COLPENSIONES, al momento de contestar demanda se opuso a las pretensiones y propuso como medios exceptivos los que denominó inoponibilidad de la responsabilidad, error de derecho, inobservancia del principio constitucional, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.
4. PORVENIR S.A., de igual forma, se opuso a los pedimentos y formuló como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.
5. SKANDIA a su turno se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como medios exceptivos las de que Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de Régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de la violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información y que los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

Así mismo, llama en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, en atención de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha entidad.

II. DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito en audiencia pública de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación de litigio contemplada en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social del 21 de enero de 2021, dispuso negar el llamamiento en garantía.

Como fundamento de su decisión refiere que si bien se evidencia el contrato de seguro o de una póliza, no se observa que con la misma se

puedan garantizar los derechos que se reclaman en la demanda, si se tiene en cuenta que lo que se solicita en el presente proceso es la ineficacia del traslado por falta de información que debió suministrar la AFP al momento del traslado de Régimen Pensional, por lo que al llegar a evidenciarse en el proceso que ello tuvo lugar, cualquier responsabilidad que se genere recae exclusivamente en el Fondo de Pensiones demandado.

III. RECURSO DE REPOSICION Y EN SUBSIDIO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada SKANDIA S.A., interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto proferido con fundamento en que es importante vincular a la aseguradora Mapfre, ya que si eventualmente el Despacho se acoge a una línea jurisprudencial señalada por la Corte Suprema de Justicia de declarar la ineficacia del traslado, una consecuencia de ello, es el traslado de los gastos de administración, toda vez que dichos gastos fueron dados oportunamente para cubrir las contingencias de invalidez y muerte, siendo la aseguradora desde el año 2010 a 2018 la que cubrió dichas contingencias, por lo que señaló que debe respetarse la defensa de Mapfre.

La parte demandante, solicitó que no sean concedidos los recursos interpuestos de conformidad con el artículo 65 del Código General del Proceso.

El Juzgado de origen resolvió no reponer la decisión y en consecuencia concedió el recurso de apelación.

IV. CONSIDERACIONES

En primer lugar, es preciso señalar que el auto que niega el llamamiento en garantía es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en los numerales 1° y 3° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

El alcance del recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la entidad demandada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., conduce a resolver si en el presente asunto resulta procedente ordenar el llamamiento en garantía de MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

De esta forma, en aras de desatar lo debatido resulta oportuno recordar la figura del llamamiento en garantía, la cual consiste en que la convocada a juicio llame a un tercero, cuando estime que este tiene la obligación legal o contractual de responder por lo demandado en virtud de un contrato o vinculo que así lo dispone. En tal sentir, el artículo 64 del C.G.P, aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del C.P.T y la S.S, señala:

“Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación.”

En el presente caso alega el recurrente que MAPRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A, debe ser llamada en garantía, en virtud del contrato de seguro previsional que fue suscrito con la misma, con vigencia comprendida entre el 2010 a 2018, que corresponde a las pólizas N°9201407000002 y N°9291411900149.

No obstante, la Sala no comparte la apreciación del recurrente, toda vez que la mencionada aseguradora no tiene obligación de cubrir ninguna de las posibles condenas que podrían derivarse en el presente proceso, toda vez que dicha póliza consiste en cubrir las contingencias de invalidez y sobrevivencia de conformidad con el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

“ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN. Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.”

Así pues, dado que el presente proceso gira en torno a establecer si es nulo o ineficaz el acto de afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual y en virtud de ello ordenar su traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la única relación jurídica discutida en principio es con los aquí demandados, resultando claro que ninguna de estas obligaciones incumben a MAPRE de conformidad con los contratos previsionales celebrados, por lo que no se cumple con los requisitos exigidos por el legislador para tenerla como llamada en garantía y en consecuencia se habrá de confirmar la providencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del circuito de Bogotá, acorde lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA ELENA BARRERA RODRIGUEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 027 2017 00684 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no le asiste derecho a la demandante a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, desde el junio de 1995, toda vez que la demandante no cumplió con los presupuesto del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por tanto señaló que la afiliación al régimen de ahorro individual tiene validez, debido a que no se probó la existencia de algún vicio en el consentimiento.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se trasladó a Porvenir S.A., en el mes junio de 1995, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión, ya que únicamente se ilustró sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado número 33083 del 22 de noviembre de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 83 a 91, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación de la actora al RAIS se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, así como tampoco se acredita dentro del plenario prueba sumaria que conduzca a lo deprecado por la parte demandante. Propuso las

excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, enriquecimiento sin causa y genérica.

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda mediante escrito visibles a folios 116 a 126, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la demandante por decisión propia solicitó el traslado al suscribir los formularios de afiliación, toda vez que el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y la posibilidad de trasladarse. Propuso las excepciones de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2021, el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora MARÍA ELENA BARRERA RODRÍGUEZ identificada con c.c. 51.600.683 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARÍA ELENA BARRERA RODRÍGUEZ como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora MARÍA ELENA BARRERA RODRIGUEZ al Régimen de Prima Media con Prestación definida como si nunca si hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

QUINTO. CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho, No condenar en costas a COLPENSIONES toda vez que quien dio lugar al inicio de este proceso fue PORVENIR S.A.”

Como fundamento de su decisión, que acoge el criterio jurisprudencial dispuesto y reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencias SL 1688 DE 2019, SL 3464 de 2019, SL 4360 de 2019, por medio de las cuales la Corte ha definido de manera expresa que las sanciones impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y no la nulidad del traslado, lo cual fundamento en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Código Sustantivo del trabajo y el artículo 53 de la Constitución Política, por lo que no es necesario probar la existencia de un vicio en el consentimiento, aunado a ello señaló respecto de la carga probatoria en este tipo de procesos se ha manifestado que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se trasladó al RAIS esto equivale a un supuesto negativo que no puede acreditarse por quien lo invoca por lo que se debe invertir la carga probatoria a los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación con fundamento en que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, así como tampoco estuvo afiliada el Instituto de los Seguros Sociales, por otro lado señaló que el traslado de fondos de hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observación sobre constreñimiento o presiones indebidas, por lo que solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva al Fondo de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

A su vez PORVENIR S S.A, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad el fallo proferido con fundamento en que no se debe aplicar el precedente de la H. Corte Suprema de Justicia de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, debido a que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información, por cuanto no era obligatorio a la AFP brindar a la demandante, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera la cual indica como única exigencia establecida para que se

entendiera válido el traslado de régimen que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, por lo que la AFP cumplió con las obligaciones a su cargo, aunado a ello indicó que en relación a los gastos de administración el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivencia, por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de

servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 93 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 2 de junio de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, que en el año 1995 en su lugar de trabajo unos asesores de Porvenir S.A., le informaron que el Seguro Social se iba a liquidar y que con el fondo privado tendría una mesada pensional igual o superior, así como también podría pensionarse de manera anticipada y le devolverían el dinero aportado.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciera efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 - por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente - Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden

nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSEK



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LILIAN MARIA LUQUE MARQUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 028 2019 00662 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de junio de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, ya que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como también señaló que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 27 de junio de 1959, señaló que se vinculó al Instituto de Seguro Social desde el 1 de enero de 1985 hasta el 1 de enero de 1995 y se trasladó en el año 1996, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Nacional, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009 y la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado número 31315 del 9 de septiembre de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folio 32, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la vinculación de la demandante con la AFP en el año 1996, fue producto de la voluntad y la decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la decisión. Propuso

las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folio 34, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, así como también señaló que existe una ratificación tacita de conformidad con el artículo 1754 del Código Civil. Propuso las excepciones de perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, saneamiento nulidad, protección a la sostenibilidad fiscal, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción, caducidad y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de junio de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora LILIAN MARIA LUQUE MARQUEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 5 de septiembre de 1996, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en la consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducciones alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora LILIAN MARIA LUQUE MARQUEZ identificada con C.C 40.794.533 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se fijan como agencias en derecho la suma \$800.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

SEXTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSULTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, se ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad el fallo proferido con fundamento en que no se debe aplicar el precedente de la H. Corte Suprema de Justicia de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto, debido a que no le asiste razón al fallador de primera instancia al declarar la ineficacia del traslado con base a la falta de información, por cuanto no era obligatorio a la AFP brindar a la demandante, teniendo en cuenta la Circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera la cual indica como única exigencia establecida para que se entendiera válido el traslado de régimen que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, por lo que la AFP cumplió con las obligaciones a su cargo, aunado a ello indicó que en relación a los gastos de administración el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y de sobrevivencia, por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos a la prescripción.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación parcial con fundamento en que al declararse la ineficacia del traslado y teniendo en cuenta que el fondo no hizo porte del acto jurídico no debería condenarse

en costas procesales por estar dentro del proceso y oponerse a las pretensiones en consecuencia solicitó se revoque la condena en costas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba***

únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 32 se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 5 de septiembre de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, en su lugar de trabajo de forma colectiva en el año 1996, unos asesores de Porvenir le indicaron que económicamente sería mejor, así como también podría retirar los aportes en cualquier momento.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 8 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NELCY HURTADO SALINAS
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

RADICADO: 11001 3105 034 2019 00309 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Old mutual S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicios de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del error, fuerza o dolo, así como tampoco se está en un error sobre punto de derecho que tenga fuerza de repercutir la eficacia del acto jurídico celebrado por la demandante y la AFP Old mutual S.A.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 2 de octubre de 1964, señaló que se afilió al Sistema General de Pensiones ISS hoy Colpensiones el 3 de octubre 1986 y que el 4 de abril de 1995, se trasladó a OLD MUTUAL S.A., destacó que el referido traslado se dio sin la suficiente información.

Como fundamento normativo, citó el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25, 74 y 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63,65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 11,21,31,36, 50, 141, 142, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, los artículos 12,13, 20 y 35 del Acuerdo 09 del ISS y las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados número 33083 del 22 de diciembre de 2011 y 46292 del 3 de septiembre de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 54 a 52, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que de conformidad con la Ley la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por lo que la actora al seleccionar el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

COLPENSIONES., realizó contestación a la demanda mediante escrito visibles a folios 74 a 86, en el que se opuso a las pretensiones de la

demanda al considerar que una vez analizado el soporte probatorio obrante en el expediente, se establece que no es procedente declarar la ineficacia del traslado, por cuanto señaló que la actora se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin justa causa y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de mayo de 2021, el Juzgado Cuarenta y uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por NELCY HURTADO SALINAS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP OLD MUTUAL S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENERAL a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFPOLD MUTUAL S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

QUINTO: CONDENAR en costas incluidas las agencias en derecho, a la demandada AFP OLD MUTUAL S.A., y a favor de la demandante, en la suma de \$1.000.000.

SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la ley 2080 de 2021.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que existe la obligación de la AFP de brindar la información a los posibles afiliados y

esta debe ser clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio del régimen pensional y además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, el cual es aplicable sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, dado que la violación del deber de información se predica frente la validez del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de OLD MUTUAL S.A., interpuso recurso de apelación en lo relacionado a los gastos de administración al considerar que son una imposición normativa que surge de la Ley 100 de 1993, la cual es una obligación de tracto sucesivo y fue cancelada mes a mes durante todo el tiempo que la actora estuvo afiliada a la AFP, por cuanto señaló que dichos dineros ya no se encuentran en la Administradora.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad el fallo proferido con fundamento en que no se acreditaron los vicios del consentimiento al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, así como tampoco se está en un error sobre punto de derecho que tenga fuerza de repercutir la eficacia del acto jurídico celebrado por la demandante y la AFP Old mutual S.A.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes

jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 58 se evidencia formulario de afiliación a OOLD MUTUAL., el 4 de abril de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, que en el año 1995 en su lugar de trabajo por parte de talento humano lanzo una campaña debido a un convenio con Pensionar hoy Old mutual S.A., por medio del cual informó que le enviaron un formulario para realizar el traslado de régimen el cual firmó.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora,

suministro a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA YUCELY LUQUE TRIANA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y OLD MUTUAL HOY SKANDIA S.A, PORVENIR S.A

RADICADO: 11001 3105 035 2019 00287 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A., y Old Mutual contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de abril de 2021.

Se recibió alegatos por parte del apoderado judicial de Porvenir S.A., que manifestó que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones Horizonte S.A hoy Porvenir S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que desde el 1 de diciembre de 1992, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, señaló que de acuerdo a formulario de afiliación el 1 de febrero de 1997, se trasladó a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., sin que los asesores del fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, el artículo 48 de la Constitución Nacional, el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 y 31314 del 9 de septiembre de 2008 y 46292.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda, visibles a folios 95 a 103, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación del demandante a la AFP cuenta con validez en tanto obra como soporte de dichas afiliaciones las cotizaciones efectuadas por la actora a dicho fondo. Propuso las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda, visibles a folios 135 a 154, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación de la parte demandante con la AFP fue producto de una decisión libre de presiones o engaños tal y

como se aprecia en la solicitud de vinculación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., realizó contestación a la demanda, visibles a folios 183 a 201, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación realizada por la actora se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha afiliación, esto es el 1 de enero de 2005 al 31 de octubre de 2006. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, no participación al momento de la selección de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de la violación al debido proceso, ausencia de falta al deber de asesoría, prescripción, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., realizó contestación a la demanda, visibles a folios 229 a 252, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que se esta frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, reconocimiento de restitución mutua y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de abril de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado por la señora BLANCA YUCELY LUQUE TRIANA al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y como consecuencia de ello, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., entidad en la cual se encuentra afiliada, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses juntos con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a volver a afiliar a la señora BLANCA YUCELY LUQUE TRIANA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a volver a afiliar a la señora BLANCA

YUCELY LUQUE TRIANA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PORVENIR S.A y por lo tanto se señalar como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que estudie en grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el determinar un consentimiento informado en el traslado de régimen tiene la virtud de generar la convicción que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez, por lo que tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario es decir que se suministro asesoría en forma correcta y como el trabajador no puede acreditar que no recibió la información corresponde a la contraparte demostrar que si la brindo, ya que desde el año 2008 la jurisprudencia a señalado que la información debe comprender todas las etapas del proceso hasta el momento de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación con fundamento en que La apoderada de Colpensiones, interpuso recurso de apelación, con fundamento en que la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la Ley 100 de 1993, regula íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección, por lo que cualquier daño que se ocasione a la afiliada por el incumplimiento de los deberes de la AFP deben ser resarcidos y al ser Colpensiones ajena al acto de afiliación de la actora al deber de información a cargo de las administradoras, ya que al aceptar el retorno de la demandante al RMP contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y pondría en peligro el derecho a la seguridad social de los afiliados.

La apoderada de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su totalidad la sentencia proferida, con fundamento en que la

información que se le dio al actora en el año 1997 y 1998 fue completa, señaló que en el presente caso no se dio ningún tipo de dolo demostrado dentro del proceso, resaltó que frente al formulario de afiliación la demandante firmó 6 y tres de ellos a la AFP, por lo que no se le puede restar valor probatorio ya que nace de conformidad con el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, así como también que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 707 de 2003 y por ultimo agregó que en lo que tiene que ver a la condena por gastos de administración se debe tener en cuenta que los emolumentos que le corresponda al afiliado debido que nace del cumplimiento del artículo 20 de la ley 100 de 1993, por lo que dicho monto se encuentran prescritos.

La apoderada de SKANDIA, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en lo referente a la condena de los gastos de administración con fundamento en que dichos gastos concurren de una fuente legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, por lo que no existe ningún sustento legal para generar el traslado al Régimen de Prima Media.

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó que se revoque la sentencia en lo relativo a la condena de trasladar. Los gastos de administración durante el tiempo en que la actora permaneció afiliada a la AFP, con fundamento en que son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, que faculta al fondo de pensiones hacer el descuento del tres por ciento sobre el 16 por ciento de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, por lo que dicha condena estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera esta destinada a financiar la pensión de vejez.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones

expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 128, 155, 156 y 271 se evidencian los siguientes formularios de afiliación:

- Horizonte S.A., el 26 de diciembre de 1996.
- Colpatria, el 24 de julio de 1998.
- Santander, el 1 de junio de 2002.
- Porvenir, el 6 de septiembre de 2006.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro

a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 19 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SANDRA LILIANA GUTIERREZ PATARROLLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 035 2020 00127 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad o ineficacia de traslado que realizó al Fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 14 de mayo de 1964, señaló que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 20 de enero de 2000, fecha en que se trasladó a PROTECCIÓN S.A., sin que los asesores del fondo le suministraran la información necesario para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53, 152, 130 de la Constitución Política, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados número 33083, 1677, 46292, 4964, 4989, 68852.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) o de que se este en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., realizó contestación a la demanda en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora SANDRA LILIANA GUTIERREZ PATARROYO, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP PROTECCIÓN S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES- todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a las AFP PROTECCIÓN S.A., a pagar con su propia patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo

que este permaneció afiliado a cada una de los fondos privados, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR. a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a volver a afiliarse a la señora SANDRA LILIANA GUTIERREZ PATARROLLO al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado a la sociedad administradora de pensiones y cesantías AFP PROTECCIÓN S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000 C/U, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de Colpensiones.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el determinar un consentimiento informado en el traslado de régimen tiene la virtud de generar la convicción que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez, por lo que tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario es decir que se suministro asesoría en forma correcta y como el trabajador no puede acreditar que no recibió la información corresponde a la contraparte demostrar que si la brindó, ya que desde el año 2008 la jurisprudencia a señalado que la información debe comprender todas las etapas del proceso hasta el momento de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en lo respectivo a la devolución de los gastos de administración, ya que si bien son dispuestos y autorizados por el artículos 20 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, que faculta a las AFP para realizar deducción del tres por ciento de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, este mencionado descuento se utiliza para cubrir gastos de administración y cubrir el seguro previsional que opera en los dos regímenes pensionales, por lo que señaló que al generar la devolución de dichos montos se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que no esta destinada a financiar la pensión de vejez de la actora.

La apoderada de Colpensiones, interpuso recurso de apelación, con fundamento en que la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la Ley 100 de 1993, regula íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección, por lo que cualquier daño que se ocasione a la afiliada por el incumplimiento de los deberes de la AFP deben ser resarcidos y al ser Colpensiones ajena al acto de afiliación de la actora al deber de información a cargo de Porvenir, ya que al aceptar el retorno de la demandante al RMP contribuiría con la descapitalización del sistema pensional y pondría en peligro el derecho a la seguridad social de los afiliados.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que

«Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Protección S.A., el 20 de enero de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 2000, en su lugar de trabajo al renovarse contratación todos los años le remitieron documentación de afiliación que firmo pensando que era para cesantías que firmó sin ningún tipo de asesoramiento.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por

pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA ISABEL TORRES SAMUDIO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A, SKANDIA S.A., Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 038 2018 00649 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Colfondos S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de octubre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La parte demandante por medio de su apoderada judicial, solicitó se confirme la sentencia impugnada al considerar que la misma se encuentra acorde con los parámetros normativos y lo señalado por el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia los cuales se concluye que en casos similares a la actora que no

se le dio la información suficiente de tal manera pudiera conocer las características, condiciones y la diferencia entre los dos regímenes.

A su vez COLPENSIONES., manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecido en la Ley 797 de 2003, por lo que señaló que el traslado que realizó ante la AFP privada goza de plena validez y no puede la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PROTECCION S.A, así como también las posteriores a OLD MUTUAL S.A y COLFONDOS S.A y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 26 de junio de 1967, señaló que se vinculó al Instituto de Seguro Social desde el 30 de mayo de 1985 hasta el 1 de enero de 1988 y se trasladó en el mes de mayo de 1998, a Protección S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión, situación que igualmente sucedió con Old Mutual S.A., y Colfondos S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 13, 33, 271 y 288 de la Ley 100 de 1993, la Ley 663 de 1993, el Decreto 556 de 1994, el Decreto 720 de 1994, el Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados numero 17595 del 2017, 31989 de septiembre de 2008, 46292 de septiembre de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 123 a 131, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 160 a 180, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda al considerar que el formulario que suscribió la actora se realizó de forma libre y espontánea, solemnizándose su afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y la genérica.

OLD MTUAL S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visibles a folios 199 a 212, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el traslado de AFP es un acto voluntario del afiliado con el respectivo fondo el cual está sujeto a un acuerdo de voluntades y se debe regir por el artículo 1495 del Código Civil. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A., realizó contestación a la demanda mediante escrito visible a folios 229 a 238, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el contrato de afiliación celebrado entre la AFP y la actora es plenamente válido y produjo efectos jurídicos. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y las AFP, PROTECCIÓN S.A., A.F.P SKANDIA y A.F.P COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la señora CLAUDIA ISABEL TORRES SUMIDO, de condiciones civiles conocidas en autos, con A.F.P. COLFONDOS S.A., en el año 1998, retornado en consecuencia, al régimen de prima media con prestación definida administrado actualmente por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ello de conformidad con las motivaciones que anteceden.

TERCERO:CONDENAR a la A.F.PORVENIR S.A a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la señora CLAUDIA ISABEL TORRES SAMUDIO, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art 13 y el Art 20 de la Ley 100 de 1993, con cargo al patrimonio propio de la A.F.P COLFONDOS S.A este último rubro y por todo el tiempo que permaneció afiliado la promotora de la acción con el RAIS.

CUARTO: DISPONER que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES reciba la afiliación al régimen de prima media con prestación definida de la señora CLAUDIA ISABEL TORRES SAMUDIO, la totalidad del saldo contenido en su cuenta de ahorro individual, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art.20 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a E.F.P. COLFONDOS S.A., por haber sido vencida en juicio, fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago, a favor de la demandante y a cargo de dicha entidad.

SEXTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y las AFP PROTECCIÓN S.A y A.F.P SKANDIA de la condena en costas, de conformidad con lo expuesto en las motivaciones que anteceden.

SEPTIMO: DISPONER, en caso de no ser apelada la presente sentencia, la remisión del presente en consulta, ante el Superior Jerárquico Honorable Tribunal Superior de Bogotá- Sala laboral, en los términos del 69 de CPT y la S.S.

Como fundamento de su decisión, señaló que su tesis es dar aplicación a la ineficacia del traslado dado que la decisión de la actora de trasladarse de régimen no se observa verdaderamente libre y espontáneamente como lo exige la normatividad por violación al consentimiento informado lo que conlleva a la pérdida de validez jurídica del negocio de afiliación de traslado y por ende retornar al régimen de prima media.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia en primera instancia al considerar que a la demandante en ningún momento le hicieron incurrir en error por falta del deber de información en ninguna de las AFP en las que afilió, toda vez que le informaron características propias del régimen de prima media y el de ahorro individual, por lo que señaló que en ningún momento hubo engaño por parte de los asesores de los diferentes fondos, en razón a que efectivamente el Seguro Social se iba acabar y existían graves riesgos que hubiera problemas frente a las cotizaciones que las personas realizaron en ese momento, agregó que permitir el traslado de la actora va en contravía de la sostenibilidad financiera del sistema pensional del régimen de prima media.

A su vez COLFONDOS S.A, interpuso recurso de apelación en lo relacionado a la condena impuesta a la AFP de ser obligada de volver los gastos de administración que ya fueron descontados a la demandante, toda vez el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autoriza a los fondos de pensiones el descuento de gastos e administración, resaltó que no existe soporte alguno para ordenar y disponer la devolución de saldos cuando la actora de lucro de los rendimientos, por otro lado informó que no se tuvo en cuenta la prueba de la declaración escrita por la demandante en el formulario de afiliación.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo

viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de

elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas

que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 181 y 213 se evidencian formularios de afiliación a Davivir hoy Protección., el 8 de mayo de 1998 y posteriormente a Skandia el 12 de abril de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, en su lugar de trabajo de forma individual en el año 1998, un asesor de Protección le indicó las circunstancias que está pasando el Seguro Social que estando en un fondo privado tendría mejores rendimientos y su pensión sería mejor y por tal motivo firmo el formulario de afiliación que le suministro el asesor, posteriormente se trasladó Skandia y Colfondos sin que le informaran algo diferente a lo ya mencionado.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones, los mismos no resulta suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DIEGO ROVEDA HOYOS
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y
PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 039 2019 00443 01

Bogotá D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de Porvenir S.A., y Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de mayo de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que el retorno al RPM, 30 de mayo de 2019, el demandante contaba con 60 años nació el 3 de marzo de 1959, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, señaló que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, debido a que no se alegó y probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, así como también la que realizó a OLD MUTUAL y como consecuencia de las referidas declaraciones, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 3 de marzo de 1959, señaló que se afilió al Sistema General de Pensiones ISS hoy Colpensiones el 27 de noviembre de 1991 y que el 30 de noviembre de 1995, se trasladó a PORVENIR S.A., posteriormente a SKANDIA S.A., y BBVA HORINZONTE.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 48, 53 y 83 de la Constitución Política, los artículos 1, 48, 53 y 83, 1508 al 1519 del Código Civil, los artículos 12, 14 y 15 del Decreto 692 de 1994, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, Ley 1328 de 2009 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 55050, 46292, 59341, 47125, 53176, 56174, 68838.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 106 a 122, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que NO obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP,

o de que se está en presencia de algún vicio de consentimiento . Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y la genérica.

OLD MUTUAL., realizó contestación a la demanda visible a folios 142 a 150, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la afiliación que se realizó entre la demandante y la AFP gozan de plena validez ante la ley, sin que se pueda afirmar que el traslado de régimen pensional goce de algún vicios en el consentimiento. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que el traslado entre regímenes gozo de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, por lo que esta voluntaria, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación N°00650149. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor DIEGO ROVEDA HOYOS del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 1 diciembre de 1995 a través de la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media con prestación, Así también se declara ineficaz todas las afiliaciones hechas al interior del RAIS, esto es la que se hizo a OLD MUTUAL y posteriormente a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, estas debidamente indexadas, durante el tiempo que se encontraba afiliado el

demandante, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguro de invalidez y sobrevivientes, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A que transfiera a COLPENSIONES los dineros que recibió por gastos de administración durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante esto es causado entre el 01 de marzo de 2002 al 30 de junio de 2012.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hechos referencia en los numerales segundo y tercero y que reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.

SEXTO : INFORMAR a COLPENSIONES que tiene las acciones judiciales respectivas en aras de obtener el pago de los perjuicios que eventualmente pueda causar el reconocimiento de la pensión del demandante en contra de PORVENIR S.A y SKANDIA S.A.

SÉPTIMO: CONDENAR a PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000. No se condena a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que no tuvo intervención en el negocio jurídico que hoy se declara ineficaz.

OCTAVO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por consulta adversa a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicados 31989 de 2008, 1452 de 2019, 1688 de 2009, al señalar en primer lugar que en relación a la decisión libre y voluntaria estipulada en el artículo 13 del literal b de la Ley 100 de 1993, al momento de firmar el formulario de afiliación se debe dar una información suficiente y transparente sobre las características ventajas, desventajas y efectos de trasladarse a los regímenes, además de ello, señalo que la carga de la prueba está a cargo de las Administradoras de pensiones de conformidad al artículo 1604 del Código Civil y el artículo 167 del Código General del Proceso.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación con fundamento en que la materialización del traslado se dio con la suscripción del formulario de afiliación el cual es un documento publico que hace constar que realizaba de forma libre y espontanea la exigencia

del régimen de ahorro individual conforme a la exigencia del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, es decir que no debe ser valorado como una simple declaración vacía sino en un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante que se presume una persona capaz para obligarse y en el hipotético caso que el traslado estuviera viciado de la ausencia total de la información tenía la posibilidad del retracto, aunado señaló que la parte demandante no tenía derechos consolidados no existía imposibilidad jurídica de que la AFP impidiera el cambio de régimen, agregó que no procede la condena de devolución de gastos de administración pues de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un tres por ciento de las cotizaciones a financiar los gastos de administración por lo que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez por lo que están sujetos al fenómeno de la prescripción.

A su vez COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su integridad el fallo de primera instancia al considerar que la parte actora hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme esta dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido coacción o presión alguna en su lugar su decisión de afiliarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir y Skandia fue libre y espontánea y voluntaria sin que se hubiera ejercido alguna presión, aunado señaló que el actor al momento del traslado se encontraba en una mera expectativa ya que contaba con 162 semanas dentro del Régimen de Prima Media, sin que se le haya generado un perjuicio.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n°

59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

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.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencian formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 30 de noviembre de 1995, posteriormente a Skandia S.A., el 15 de enero de 2002 y a Horizonte S.A. el 20 de mayo de 2012.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, que en el año de 1995 se traslado a Porvenir S.A., en su lugar de trabajo al momento de ingreso se aporta formato para ingresar a Porvenir sin ningún tipo de asesoramiento, posteriormente se trasladó a Skandia y a Horizonte S.A., debido a que un asesor del fondo le indicó que obtendría un seguro de vida y al estar por liquidarse Skandia era la mejor opción.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información 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, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO