



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

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: JORGE ALBERTO ROA SIERRA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 035 2019 00645 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, artículo 10, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencia identificada con la radicación n.º 64086 del primero (1) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende se declare la nulidad de la afiliación en pensión a la AFP PROTECCIÓN realizada el 9 de septiembre de 1994 y la libertad del demandante de afiliarse al Régimen de Prima Media, y, como consecuencia de ello, condenar a COLPENSIONES a recibir al demandante, a PROTECCIÓN a liberar de sus bases de datos al demandante y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1776 del C.C. y a las demandadas en costas y lo ultra o extra petita.

COLPENSIONES se opuso a todas las pretensiones argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP o de

algún otro vicio del consentimiento; así mismo, no se evidencia dentro de las solicitudes anotación que permita inferir una inconformidad en el traslado por parte del demandante y, a su vez, se muestra que el demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010.

Presentó como excepciones de mérito las 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, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (f.º 95-111)

Por su parte, la entidad PROTECCIÓN S.A. se opuso a todas las pretensiones manifestando que el acto de afiliación es un acto valido, existente, exento de vicios, al suscribirse por parte del demandante el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al Fondo y un acto valido y existente. Presentó como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones e innominada o genérica. (f.º 121-131)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 24 de junio de 2020, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, condenó en costas al demandante y señaló como agencias en derecho la suma de \$50.000.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente manifestado que no se realizó la valoración probatoria adecuada ya que le correspondía a la AFP demostrar la información brindada y no a la parte actora demostrar la cualificación del perjuicio.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

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

Elementos de prueba relevantes:

- A folios 30-31, cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento que da cuenta que el actor nació el 29 de abril de 1952.
- A folios 32-35, 50-53, 133, 163-164, 175-180, reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 36-37, 54-62, 136-162, 165-173, 191-198, resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folios 38-41, Resolución No. 1289 del 14 de febrero 2017 del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.
- A folios 40-42, certificados de tiempo de servicio de la Gobernación de Boyacá.
- A folios 43-49, certificado de salarios devengados de la Secretaria de Educación de Boyacá.
- A folios 63,132, 174, formulario de afiliación PROTECCIÓN, 7 de febrero de 1996.
- A folios 133 -134 comunicación en la que el demandante acepta que fue informado del régimen de transición y comunicación al empleador.
- A folios 134-135, certificación SIAFP.
- A folio 181-190, Fallo de tutela primera instancia del 31 de mayo de 2019.
- A folios 199-200, comunicado de prensa AFP`s.
- A folios 201-204, concepto sobre el deber de asesoría e información al consumidor financiero.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia SLT 11430-2021 proferida con el número de radicación n.º 64086 del primero (1) de septiembre de dos mil veintiunos (2021).

Caso Concreto

La sentencia proferida con el número de radicación n.º 62466 del diecisiete (17) de marzo de dos mil veintiunos (2021), señala en la parte resolutive lo siguiente:

*(...) **PRIMERO: CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de **JORGE ALBERTO ROA SIERRA**.*

***SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO** la sentencia de 31 de agosto de 2020, proferida por la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, para que en el término de diez (10) días*

contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia (...)

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

(i) ¿El deber de información se acredita con la suscripción del formulario? y ii) ¿Debe acreditarse un vicio del consentimiento?, iii) ¿La ignorancia de la ley es excusa para que la demandante desconozca los aspectos de los regímenes pensionales y sus consecuencias?, iv) ¿Es improcedente declarar la ineficacia del traslado cuando el demandante se encuentra ad portas de causar el derecho o pertenecer al régimen de transición?, v) ¿La declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional afecta el principio de sostenibilidad financiera?

En esa dirección, frente al primer aspecto la Corte indicó:

(...) La Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

En efecto, en sentencias CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL, 22 nov. 2011, rad. 33083, SL19447-2017 y SL4964-2018, la Corte sostuvo:

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

A su vez, en sentencia CSJ SL12136-2014, reiterada en SL19447-2017 y SL4964-2018 señaló:

A juicio de esta Sala no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de

Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

En idéntica dirección, en fallo SL19447-2017 refirió:

Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

[...] 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, aunque lo incorporado en él fuese contra evidente, es decir a pesar de la realidad patente de que la actora, para cuando lo suscribió, tenía un derecho consolidado y además la información dada era falaz, desde todo punto de vista, como ya se explicó. [...]

De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los

que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Finalmente, en sentencia CSJ SL1452-2019, se consolidó que:

[...] 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.

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Ahora bien, el deber de información a cargo de las AFP, en los términos en que le era exigible para la época del traslado de actor -9 de septiembre de 1994-, no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (numeral 1.º, artículo 97 Decreto 663 de 1993) – vigente para la citada fecha-, premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.

En esa línea de pensamiento, la circunstancia relativa a que el demandante tenga la profesión de abogado, resulta a todas luces inane, pues el eventual conocimiento que en tal virtud, tuviera aquel acerca del traslado de regímenes pensionales, no eximía a la AFP de cumplir con su deber de información como pareciera entenderlo el Tribunal accionado.

En efecto, esta Sala ha sostenido de manera pacífica que el deber de información recae de manera estricta en las AFP, tal como se indicó en sentencia CSJ SL CSJ SL1452- 2019.

Sobre el particular, cumple indicar que la carga de la prueba del deber de información recae sobre los fondos privados de pensiones, pues considerar lo contrario, esto es, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Así se adocrinó, en la sentencia SL1452-2019, reiterada en SL1688-2019 y SL1689-2019.

Finalmente, no está por demás recordar que el respeto al precedente judicial y el cumplimiento del deber de transparencia, implica no solo la carga de evocar el radicado de las sentencias y hacer una breve alusión a ellas; también es fundamental ser fiel a su texto, no distorsionar o tergiversar sus enunciados, comprenderlos en los contextos en los que se expresan y generar en los usuarios de la administración de justicia la suficiente confianza de que las reglas jurisprudenciales fijadas por las Altas Cortes van a ser acatadas a menos que surjan razones poderosas y convincentes para separarse de ellas, las cuales no se advierten en el asunto. (...)

Y en cuanto al segundo interrogante relacionado con la acreditación de vicio en el consentimiento explicó que:

(...) En la sentencia SL1688-2019, esta Corporación indicó que la reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. Luego resulta equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto

de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada. (...)

Frente al tercer interrogante señaló que:

(...) Para la Sala no pasa inadvertido que el Tribunal fundamentó su decisión confirmatoria de la decisión absolutoria del juez de primera instancia, bajo el supuesto de que la convocante tenía la obligación de conocer las diferencias de los regímenes pensionales y, en general, de sus aspectos, toda vez que estos se encuentran en la ley, postura que, para esta Magistratura refleja un completo desconocimiento a la jurisprudencia que rige el asunto.

En efecto, esta Sala ha sostenido de manera pacífica que el deber de información recae de manera estricta en las AFP y, por tanto, se equivoca el ad quem cuando pretende trasladar esa obligación a la afiliada. Al respecto, recuérdese que mediante sentencia CSJ SL CSJ SL1452-2019, se puntualizó que:

[...] la Sala ha defendido la tesis de que las AFP, desde su fundación e incorporación al sistema de protección social, tienen el «deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad», premisa que implica dar a conocer «las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes», como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008).

Y no podía ser de otra manera, pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios. Estos últimos, no solo se enfrentan a un asunto complejo, hiperregulado, sometido a múltiples variables actuariales, financieras y macroeconómicas, sino que también se enfrentan a barreras derivadas de sus condiciones económicas, sociales, educativas y culturales que profundizan las dificultades en la toma de sus decisiones. Por consiguiente, la administradora profesional y el afiliado inexperto se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta reequilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera.

Por lo demás, esta obligación de los fondos de pensiones de operar en el mercado de capitales y previsional, con altos estándares de compromiso social, transparencia y pulcritud en su gestión, no puede ser trasladada

injustamente a la sociedad, como tampoco las consecuencias negativas individuales o colectivas que su incumplimiento acaree, dado que es de la esencia de las actividades de los fondos el deber de información y el respeto a los derechos de los afiliados.

Respecto del cuestionamiento relacionado con la improcedencia de declarar la ineficacia del traslado cuando el demandante se encuentra ad portas de causar el derecho o pertenecer al régimen de transición, indicó que:

(...) Sobre el particular, se advierte que Sala de la Corte entre otras, en sentencia CSJ SL1452 de 2019, precisó que no importar si el demandante tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, en sí mismo considerado.

En relación con el último interrogante, en punto de la afectación del principio de sostenibilidad financiera dijo:

Finalmente, en lo que respecta al planteamiento relativo a que la declaratoria de ineficacia afecta los principios de solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema, precisa la Sala que no tiene el alcance de mantener incólume el fallo cuestionado, pues como se dejó visto en precedencia, los argumentos centrales de la sentencia restringen y contrarían las reglas jurisprudenciales que esta Sala de la Corte ha fijado frente a la ineficacia del traslado.

Con todo, resulta menester indicar que en sentencia CSJ SL2877-2020, esta Sala de la Corte advirtió que la declaratoria de ineficacia del traslado no menoscaba el principio de sostenibilidad financiera del sistema, toda vez que los recursos que deben reintegrar los fondos privados a Colpensiones son utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas. (...)"

En ese orden de ideas, y teniendo en cuenta las consideraciones de la sentencia STL11430-2021 proferida dentro del proceso identificado con la radicación 64086, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia, señalando para ese efecto que la condena incluirá la devolución de los gastos de administración, porque aun cuando el fallo proferido por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral nada refirió al respecto, se debe igualmente dar aplicación a la jurisprudencia trazada por el alto tribunal que ha sido reiterativa a la hora de señalar que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de

administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

En conclusión, se revocará la sentencia de primera instancia para declarar la ineficacia del acto de traslado.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar:

1.1. DECLARAR que el traslado al RAIS fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos.

1.2 DECLARAR que el demandante JORGE ALBERTO ROA SIERRA identificado con la C.C. 6.754.090 se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida a cargo de Colpensiones y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad.

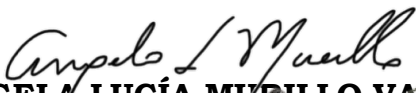
1.3 ORDENAR a PROTECCION a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que conforman la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos e intereses, sin que haya lugar a autorizar a dicha AFP a efectuar descuento alguno de los ahorros, ni siquiera a título de gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima.

1.4 ORDENAR a Colpensiones a recibir el traslado de fondos a favor del actor y convalidarlos en la historia laboral, para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional.

SEGUNDO: Sin costas en ambas instancias.

TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral con la referencia de *“Cumplimiento de la sentencia con la radicación n.º 64086 del primero (1) de septiembre de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela instaurada por JORGE ALBERTO ROA SIERRA presenta contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, trámite al cual se vincula al JUZGADO TREINTA Y CINCO LABORAL DEL CIRCUITO de esta ciudad, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., así como a las partes e intervinientes en el proceso ordinario laboral que origina la presente queja constitucional.”*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado