



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 **008 2016 00503 01**
DEMANDANTE: RUTH AMELIA RODRIGUEZ LEYVA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Se da cumplimiento al fallo de tutela CSJ STL4802-2022, radicación no. 66296 del 6 de abril de 2022, emitido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que dispuso:

SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia de 29 de noviembre de 2017, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de quince (15) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera una nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad del traslado*» del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado por la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a esta «*restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación (...) como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado*». Así mismo, a Colpensiones realizar la contabilización de semanas cotizadas. También, las costas y gastos del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 1 de noviembre de 1978; que migró al RAIS el 1 de

septiembre de 1999, a través de la AFP Colpatria S.A. hoy AFP Porvenir S.A., sin recibir información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, ni las implicaciones de su decisión. Refirió que solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones, el que fue negado.

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha de afiliación, y la reclamación administrativa. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, y «*genérica*».

La AFP Porvenir S.A. se resistió a las aspiraciones de la demanda. Manifestó que los hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, y «*genérica*».

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre de 2017, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la afiliación a de la actora RUTH AMELIA RODRIGUEZ LEYVA el régimen de ahorro individual que administra en su caso el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. A TRASLADAR a COLPENSIONES TODOS los valores existentes en la Cuenta de rendimiento y bonos correspondientes.- ahorro individual de la actora con su correspondiente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a AFILIAR A LA ACTORA AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA una vez efectuado el traslado de los fondos por parte de PORVENIR conforme a los razonamientos expuestos en el presente proveniente.

CUARTO: Costas de Instancia a cargo de la AFP PROVENIR. Agencias en derecho \$737.717.00 Mc/te.

QUINTO: En caso de no ser apelada esta decisión se ordena surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior -Sala Laboral.

Como sustento de su decisión, señaló que corresponde al fondo de pensiones probar el cumplimiento del deber de información, y el

consentimiento informado, lo que no ocurrió. Resaltó que la suscripción del formulario, y el transcurso del tiempo no convalida la afiliación al RAIS.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que no existen vicios del consentimiento, y la demandante realizó aportes al RAIS por más de 18 años, por lo que el transcurso del tiempo subsanó cualquier error.

La AFP Porvenir S.A. aspira a que se revoque el proveído, como quiera la demandante no cuenta con régimen de transición, y tampoco con una expectativa legítima pensional. Adujo que para la época de los hechos, no existía norma que indicara el deber de hacer un cálculo de la pensión, o dejar constancia de asesoría pues, bastaba el formulario de vinculación. Finalmente, que no se probó el engaño, y la actora estuvo 18 años vinculada.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, también es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al conocer del asunto, el Tribunal mediante sentencia del 29 de noviembre de 2017, revocó la de primera instancia para, en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

VI. ACCIÓN DE TUTELA

Ruth Amelia Rodríguez Leyva instauró acción de tutela, alegando violación de sus garantías fundamentales. De la misma conoció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Mediante fallo de 6 de abril de 2022, dicha Corporación dispuso el resguardo y ordenó a esta Sala, dejar sin efecto la sentencia del 29 de noviembre de 2017, para que profiera una nueva decisión que atienda a las consideraciones de tal proveído.

Conforme a lo anterior, el Tribunal se dispone a dictar sentencia, de conformidad con lo ordenado en fallo CSJ STL4802-2022.

VII. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora.

Para resolver, es menester recordar que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 114 *ibidem* permite al afiliado la selección libre y voluntaria del régimen pensional; por su parte, el artículo 271 del mismo estatuto, señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, y ordena dejar sin efecto dicho acto, y realizar uno nuevo sin presiones.

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1 del artículo 97, la obligación de las entidades de seguridad social de suministrar a los usuarios la información necesaria, clara, veraz y objetiva para que se elijan las mejores opciones del mercado. Así lo aleccionó la Sala de Casación Laboral en la sentencia, CSJ SL1688 de 2019, por citar solo un ejemplo.

Por su parte, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, estipula que *“las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos*

los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 estipula que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”*

La Sala de Casación Laboral, en proveído CSJ SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia CSJ SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde aquella institución. De otra parte, en las decisiones CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL19447-2017 y CSJ SL1421-2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe “a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada” la que no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues se requiere contar con elementos de juicio suficientes para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020, STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021; CSJ SL 150-2022).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el

asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de orientación como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ STL3202-2020, CSJ STL3201-2020, CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021. Útil es recordar que en sentencia CSJ SL 689-2019, se indicó que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

VIII. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones, la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS el 1 de noviembre de 1978, migró al RAIS administrado por Colpatria S.A., hoy Porvenir S.A. el 21 de julio de 1999, según consta en formulario de afiliación (fl. 111 expediente digital) en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE REALIZO EN FORMA LIBRE ESPONTÁNEA Y SIN PRESIONES, MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO AL FONDO DE PENSIONES COLPATRIA PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y SOLICITE TRASLADO DE LOS VALORES A QUE TENGA DERECHO DE LA ANTERIOR ENTIDAD ADMINISTRADORA. ASÍ MISMO, DECLARO QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Posteriormente, cambió a Horizonte el 29 de septiembre de 2000, y pasó a Old Mutual el 1 de noviembre de 2010, luego retornó a Horizonte el

1 de julio de 2011, y desde el 1 de enero de 2014 permanece en Porvenir S.A. (fl. 113 expediente digital).

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Colpatria S.A, hoy Porvenir S.A., incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró, en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera al afiliado conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

Cumple reiterar que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (CSJ STL3202-2020; CSJ STL3201-2020; CSJ STL3186-2020, CSJ STL3200-2020 y CSJ SL3050-2021).

En el mismo sentido, la teoría de los actos de relacionamiento materializados en la permanencia en el RAIS, y las cotizaciones realizadas no pueden pregonarse en los asuntos de ineficacia de traslado, por resultar posteriores al acto jurídico inicial, tampoco la inobservancia de los deberes del afiliado como consumidor financiero.

En consecuencia, resulta evidente que Colpatria hoy Porvenir faltó a su deber de información, en las condiciones fijadas por la jurisprudencia, lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado, el que tampoco puede entenderse validado por el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia (CSJ SL 4360-2019).

Como quiera el Juzgado declaró la nulidad, la Sala modificará la decisión de primera instancia, para declarar la ineficacia del traslado, dado que el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión al

deber de información se debe abordar desde esta institución en sentido estricto, y no desde la nulidad.

De otra parte, la Sala de Casación Laboral ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar a RPM, criterio que igualmente es aplicable de cara al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la susodicha AFP deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia será modificada en esta parte. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por tanto, puede solicitarse en cualquier tiempo, en la medida en que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas, la carencia de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento, surgido con anterioridad al inicio del proceso, como lo ha puntualizado el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en las sentencias CSJ SL 1421-2019 y CSJ SL373-2021, entre otras.

No se impondrán costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre de 2017, para en su lugar, disponer la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, conforme quedó expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia analizada el que quedará así: condenar a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, debidamente actualizado, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, los bonos pensionales, así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

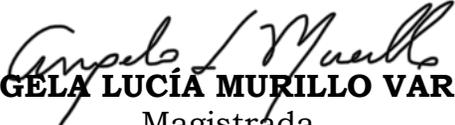

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada