



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 **033 2017 00231 01**
DEMANDANTE: VIANEY CASTIBLANCO RINCON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., doce (12) de julio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Se da cumplimiento al fallo de tutela CSJ STP7847-2022, radicación no. 124432 del 16 de junio de 2022, emitido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la que dispuso:

Segundo: Dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia de 23 de mayo de 2018, emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, dentro del proceso laboral promovido por VIANEY CASTIBLANCO RINCÓN contra la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Tercero: Ordenar Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que en el término de quince (15) días contados a partir de la notificación de la decisión, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «*nulidad de la afiliación*» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado por la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a Colpensiones a «*registrar la afiliación en el régimen de prima media*», y a las demandadas a «*reconocer y pagar los intereses generados*». Así mismo, la indexación de los dineros y las costas del proceso, y facultades *extra y ultra petita*.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que efectuó cotizaciones ante el régimen de prima media desde el 5 de julio de 1991 hasta el 12 de diciembre de 1995; que migró al RAIS el 30 de diciembre de 1995, a través de la AFP Horizonte S.A., sin recibir información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, ni las implicaciones de su decisión. Refirió que se realizó simulación pensional y en Porvenir S.A. no tendría derecho pensional, mientras que en Colpensiones tendría una mesada de \$2.545.811. Finalmente, que interpuso reclamación administrativa.

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

La AFP Porvenir S.A. se resistió a las aspiraciones de la demanda. Aceptó la fecha de traslado de régimen y de nacimiento, además la simulación pensional. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y «*genérica*».

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de marzo de 2018, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la NULIDAD DEL TRASLADO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR, y con esto a la afiliación realizada el 30 de diciembre de 1995.

SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. VIANEY CASTIBLANCO RINCÓN (...) actualmente se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del régimen de prima media con prestación definida Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A. realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora VIANEY CASTIBLANCO RINCÓN a COLPENSIONES tales como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses y rendimientos.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. a pagar de ser el caso las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en RPM, los cuales serán asumidas a cargo de su propio patrimonio. CONMINAR a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas si a ellas hubiere lugar.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la señora VIANEY CASTIBLANCO RINCÓN.

SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la POVERNIR S.A. se fijan como agencias en derecho la suma de seis SMLMV.

Como sustento de su decisión, señaló que la demandada no demostró un consentimiento informado al momento del traslado de régimen por parte de la actora, no existió una actual diligencia por parte de Porvenir S.A.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse a menos de 10 años de pensionarse. Adujo que no es beneficiaria del régimen de transición, y tampoco probó un vicio en el consentimiento. Finalmente, que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria.

La AFP Porvenir S.A. aspira a que se revoque el proveído, como quiera la afiliación al régimen de ahorro individual se hizo de acuerdo a los parámetros legales existentes, y no se probó la causal de nulidad. Indicó que, se demostró que la actora de manera libre y voluntaria realizó el traslado. Además, que han transcurrido más de 15 años desde la afiliación, por lo que el transcurso del tiempo subsanó cualquier error. Adujo que la devolución de los gastos de administración no procede porque las cotizaciones de la demandante se incrementaron. Finalmente, que

imponer aportar dineros faltantes tampoco procede, pues el traslado es solo de los rendimientos.

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 23 de mayo de 2018, revocó la de primera instancia para, en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

VI. ACCIÓN DE TUTELA

Vianey Castiblanco Rincón instauró acción de tutela, alegando violación de sus garantías fundamentales. De la misma conoció la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Mediante fallo de 16 de junio de 2022, dicha Corporación dispuso el resguardo y ordenó a esta Sala, dejar sin efecto la sentencia del 23 de mayo de 2018, 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 STP7847-2022.

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 ISS y cotizó un total de 648,54 semanas, migró al RAIS, administrado por la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. el 30 de diciembre de 1995, según consta en formulario de vinculación (fl. 110), en el que se puede leer:

HAGO CONSTAR QUE LA SELECCIÓN DEL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD LA HE EFECTUADO EN FORMA LIBRE, ESPONTANEA Y SIN PRESIONES. MANIFIESTO QUE HE ELEGIDO LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE S.A. PARA QUE ADMINISTRE MIS APORTES PENSIONALES Y QUE LOS DATOS PROPORCIONADOS EN ESTA SOLICITUD SON VERDADEROS.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante narró que los fondos privados hicieron una charla en su lugar de trabajo, en donde se le dijo que la mesada iba a ser la misma que en prima media y que Colpensiones se iba a acabar. Señaló que la oficina de Talento Humano de la empresa, le precisó que debía trasladarse o sino que ellos los pasaban a un fondo privado. Finalmente, que nunca recibió extractos de las cotizaciones.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP 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).

Como quiera que el Juzgado declaró la nulidad del traslado al RAIS, 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 óptica de la nulidad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia 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 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, estos recursos debieron ingresar a RPM. Criterio que igualmente, es aplicable frente al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la que se encuentra actualmente afiliada, 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 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 el 20 de marzo de 2018, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 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 tercero de la sentencia analizada, que quedará del siguiente tenor: 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: DECLARAR que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

CUARTO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada