



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 026 2016 00685 01
DEMANDANTE: LILIANA GARCÍA BONILLA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Dando cumplimiento a lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en Sentencia de tutela del 25 de octubre de 2023, notificada el 7 de noviembre siguiente, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de abril de 2018. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o, en subsidio la ineficacia e inoperancia, del traslado al régimen de ahorro individual con Solidaridad efectuada a través de Porvenir S.A., el 21 de abril de 1997. En consecuencia, se condene a la AFP a restituir las cotizaciones, bonos pensionales y, rendimientos a Colpensiones y, a ésta última, a recibirla como afiliada y a contabilizar las semanas cotizadas al RAIS. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliada y cotizó al ISS desde el 18 de febrero de 1977. Se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad, el 21 de abril de 1997, con fecha de efectividad de junio de 1997, a través de Porvenir S.A. Aduce que al momento del traslado, no le fue proporcionada información clara, veraz, oportuna, suficiente, adecuada y cierta sobre la implicación pensional que ello le traería, no se le indicó cual sería el monto del capital que debía acumular, características del RAIS, ni la posibilidad de retractarse de su decisión. En el 2016, solicitó a Colpensiones su traslado de régimen, pero le fue negado (fls.4 a 21).

Al dar contestación, **Colpensiones** se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación de la actora y cotizaciones al ISS, su traslado al RAIS, solicitud elevada y la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el traslado de la demandante al RAIS tiene plena validez y; que la accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (fls.114 a 117).

La **AFP Porvenir S.A.**, rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la afiliación a esta AFP y, manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y, las demás declarables de oficio. En su defensa expuso que la afiliación de la demandante al fondo de pensiones Porvenir se efectuó libre de vicios en el consentimiento, de forma libre y voluntaria, como se corrobora con el formulario de afiliación; la accionante se encuentra en la prohibición legal de trasladarse en razón de la edad y; durante su vinculación como afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (fls.86 a 92).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 2 de abril de 2018 (fl.136¹), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora Liliana García Bonilla, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la señora Liliana García Bonilla, junto con los rendimientos causados, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte el traslado de la accionante y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a Colpensiones y a Porvenir, a razón del 50% para cada una de las entidades; fijándose como agencias en derecho la suma de \$600.000.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado al momento de la afiliación información suficiente, clara y oportuna, con el fin de que se encuentre demostrado un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que le incumbía.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la AFP Porvenir S.A. arguyó que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria y, una vez en el RAIS se trasladó varias veces entre administradoras. Aseguró que la ley definió los términos en los que se deben dar los traslados. Finalmente señaló que la actora no era beneficiaria del régimen de transición, ni tenía alguna expectativa pensional para el momento del traslado.

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

¹ CP_0402120445340

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. 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 de la 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 previó 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.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra acreditado en el expediente que la accionante estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, del 18 de febrero de 1977 al 30 de abril de 1997 (fls.121 a 122); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación del 21 de abril de 1997; posteriormente se observan múltiples traslados horizontales a las AFP Colpatria, Colfondos, Old Mutual y, finalmente Horizonte, hoy Porvenir, a la que actualmente se encuentra afiliada (fl.94 a 98).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que para el momento en que se trasladó al RAIS era bachiller y trabajaba en BRITISH AIRWAYS PCL en el aeropuerto; el día del traslado, su jefe le informó que venían de Porvenir y la reunieron con otras personas para informarles que se iban a cambiar porque el Seguro se iba a acabar; el proceso no tardó más de 15 o 20 minutos en los que no recibió ningún tipo de asesoría y solamente se limitó a firmar y verificar que su nombre y sus datos estuvieran bien. No fue coaccionada por el asesor de la AFP, pero no tuvo la oportunidad de preguntarle nada. Una vez en el RAIS, ha estado vinculada a varios fondos buscando que le ayudaran con la plata y los aportes que había realizado al seguro, confesando que en todo caso no se acercó a ninguna de las administradoras para que le brindaran información sobre el régimen pensional y que solo se acercó en el año 2016, porque estando cerca a pensionarse quería saber cómo quedaría la prestación, y allí quedó muy preocupada porque le dijeron que sería algo más de un mínimo.

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 a la afiliada conocer los efectos del traslado, acorde a su situación personal.

En consecuencia, resulta evidente que la AFP Porvenir S.A. faltó a su deber 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).

De otra parte, la teoría de los actos de relacionamiento materializados con la permanencia en el RAIS y las cotizaciones realizadas no aplica 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. *«Se reitera que el estudio de la acción de ineficacia se centra en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial que realizó la persona afiliada, y este desacato es lo que genera por sí mismo la ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Importa resaltar que 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 (CSJ SL2209-2021).

Por tanto, la AFP Porvenir S.A., administradora a la que se encuentra actualmente afiliada la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, 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 se modificará en este aparte. 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).

Importa señalar que las sumas descontadas por concepto de gastos de administración deben ser trasladadas debidamente indexadas, como quiera que estos dineros no entraron a la cuenta individual y por tanto respecto de ellos no se generaron rendimientos y la demandante no está llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, 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 y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

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 causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la apelación.

VII. 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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 2 de abril de 2018, 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 a que haya lugar; así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar 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.

SEGUNDO: 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.

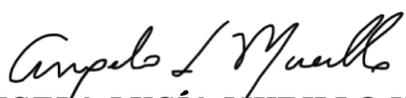
TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia del *a quo*.

CUARTO: Sin **COSTAS** en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada