



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 018 2018 00117 01
DEMANDANTE: MARÍA TERESA RUÍZ MOLINA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Se da cumplimiento al fallo de tutela CSJ STL2446-2022, radicación no. 65890 del 23 de febrero de 2022, emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que dispuso:

SEGUNDO: Dejar sin valor legal ni efecto jurídico el fallo que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá profirió el 29 de mayo de 2019, en el proceso ordinario laboral que motivó la interposición del resguardo constitucional.

TERCERO: Ordenar al Tribunal Convocado que en un término no superior a diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la «nulidad o ineficacia» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), administrado por Porvenir S.A. y, posteriormente, Protección S.A. En consecuencia, se ordene a esta última realizar la devolución de «todas las sumas de dinero que componen la cuenta de ahorro individual (...) aportes, bono pensional y rendimientos, así como sumas adicionales recibidas por concepto de administración». Así mismo, a Colpensiones reactivar la

afiliación, y corregir la historia laboral. Finalmente, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en septiembre de 1980, y acumuló 353,14 semanas; migró al régimen de ahorro individual (RAIS) en julio de 1997, a través de la AFP Porvenir S.A., y el 24 de septiembre de 2003, se trasladó a la AFP Protección S.A., sin recibir información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco las implicaciones de su decisión. Refirió que la primera entidad proyectó su mesada en el RAIS y encontró que sería de \$5.010.993, y en la AFP Protección la suma de \$7.973.137; que las demandadas negaron su petición de retorno al régimen de prima media (fl. 10 a 12 expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la afiliación al ISS, las semanas cotizadas, y el traslado de régimen. Manifestó que no eran ciertos o no le constaban los restantes hechos. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fl. 95 a 113 expediente digital).

La AFP Protección S.A. se resistió a las aspiraciones de la demanda. Admitió la afiliación al fondo; la proyección pensional, la petición y su respuesta. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a ING Santander hoy AFP Protección S.A., buena fe, inexistencia de perjuicio causado, prescripción, y «*genérica*» (fl. 141 a 149 expediente digital).

La AFP Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la afiliación, y la reclamación. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. 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, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, e «*innominada o genérica*» (fl. 168 a 197 expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 12 de marzo de 2019, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas por María Ruiz Molina, a quien gravó con costas. (fl. 220 expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que el error de derecho no produce la nulidad del negocio jurídico; que la demandante de forma voluntaria se trasladó de régimen, y la AFP le explicó los beneficios de ese cambio. Señaló que en 1997 no existía el deber de información, solo hasta 2014 se impuso a las administradoras proceder a proyectar mesadas, y en 1997 la actora no tenía certeza de su futuro pensional. Finalmente, la demandante no es beneficiaria del régimen de transición.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. 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 totalmente adversa a la afiliada, es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al conocer del asunto el Tribunal mediante sentencia del 29 de mayo de 2019, confirmó la sentencia de primera instancia.

V. ACCIÓN DE TUTELA

María Teresa Ruíz Molina instauró acción de tutela ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el argumento de que se le vulneraron sus derechos fundamentales.

Mediante fallo del 23 de febrero de 2022, dicha Corporación dispuso el resguardo y ordenó a esta Sala, dejar sin efecto la sentencia del 29 de mayo de 2019, 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 CSJ STL2446-2022.

VI. 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 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 albedrio 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.

VII. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas allegado por Colpensiones la actora se afilió al Instituto de Seguros Sociales ISS el 17 de julio de 1990; migró al RAIS, administradora Porvenir S.A. el 1 de agosto de 1997 (fl. 167 expediente digital), a partir del 1 de noviembre de 2003 estuvo vinculada a ING y desde el 31 de diciembre de 2012, y en adelante, a Protección S.A. (fl. 167 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que en 1997 el jefe de personal de la Universidad de Caldas envió un representante de Porvenir para que los funcionarios se trasladaran porque Colpensiones se iba a acabar. Refirió que no recibió asesorías; admitió que firmó el formulario de afiliación a Porvenir S.A., y a Protección S.A.

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.

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).

«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). En consecuencia, 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.

En consecuencia, resulta evidente que Porvenir 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). Por tanto, se revocará la decisión de primera instancia.

En ese orden, la AFP Protección S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la accionante, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de

administración, las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021), los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Porvenir S.A., de trasladar a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, dado que la declaración de ineficacia impone la devolución de dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (CSJ SL 5205-2020 CSJ SL 5680-2021).

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, pues los aportes efectuados por la afiliada 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 al 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

Impone señalar que la acción de ineficacia es imprescriptible, en tanto, los hechos o estados jurídicos no están sujetos a dicha figura, por ello, 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 esta instancia ante su no causación. Las de primera estarán a cargo de las demandadas.

VIII. 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: DAR CUMPLIMIENTO a la orden impartida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en decisión STL2446-2022 de 23 de febrero de 2022.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida el 12 de marzo de 2019, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad el 1 de agosto de 1997 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

TERCERO: CONDENAR a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizado el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y 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 y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades.

CUARTO: CONDENAR a la AFP Porvenir S.A. a trasladar al Colpensiones debidamente actualizados los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de

Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales descontados a la demandante mientras estuvo afiliado a dicha AFP, con cargo a sus propias utilidades.

QUINTO: ORDENAR a Colpensiones recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A. y a Protección S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

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

SÉPTIMO: Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



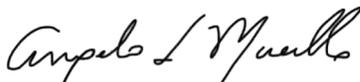
LUCERO SANTAMARÍA GFIMALDO

Magistrada



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada