



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

LUCERO SANTAMARÍA GRIMALDO

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 **005 2018 00148 01**
DEMANDANTE: MARTHA CECILIA ESLAVA BUENO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., primero (1) de abril de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

Se da cumplimiento al fallo de tutela CSJ STL2759-2022, radicación no. 65944 del 2 de marzo 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 14 de agosto de 2019, para en su lugar, ordenar a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, que en el término de diez (10) días contados a partir de la fecha que reciba el expediente, 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» del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), administrado por Protección S.A. En consecuencia, se ordene a esta «trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, y bonos pensionales». Así mismo, a Colpensiones realizar todas las gestiones para anular el traslado de régimen, y recibir a la demandante. También, las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 20 de enero de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 19 de septiembre de

1996; que migró al RAIS el 1 de julio de 2003, a través de la AFP Protección S.A., sin recibir información sobre las características, ventajas y desventajas de cada régimen, ni las implicaciones de su decisión. Refirió que contaba 341 semanas al momento del traslado, y en la actualidad tiene 1.078,43. Finalmente, que radicó derechos de petición ante las demandadas (fl. 2 y 3 expediente digital).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Aceptó la fecha 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 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, y saneamiento de la nulidad alegada. (Archivo 011. expediente digital).

La AFP Protección S.A. se resistió a las aspiraciones de la demanda. Admitió la fecha de nacimiento, afiliación al fondo y la petición que se presentó. Manifestó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción, y «*genérica*» (Archivo 019. expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de abril de 2019, declaró «*la nulidad*» del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, a través de la AFP Protección S.A. Condenó a esta a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones junto con los rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración. A la última a recibir los aportes y actualizar la historia laboral. Condenó en costas a la AFP Protección S.A. en dos salarios mínimos (Archivo 26 y 27 expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que Protección S.A. no demostró haber suministrado a la actora información suficiente y completa que le permitiera tomar una decisión consciente de las implicaciones de la misma.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia bajo el argumento de que el traslado de la demandante fue libre, voluntario y espontáneo; que no se demostró un vicio en el consentimiento. Agrega que en caso de confirmarse el fallo, además de los dineros, también se debe ordenar la devolución de los rendimientos adquiridos.

La AFP Protección S.A. aspira a que se revoque el numeral segundo del proveído del juzgado. Sostiene que no procede la devolución de los gastos de administración, ya que se hicieron a la luz de la Ley 100 de 1993, y su reintegro pone en riesgo económico a la demandada.

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 14 de agosto de 2019, revocó la de primera instancia para, en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

VI. ACCIÓN DE TUTELA

Martha Cecilia Eslava Bueno 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 2 de marzo de 2022, dicha Corporación dispuso el resguardo y ordenó a esta Sala, dejar sin efecto la sentencia del 14 de agosto 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 fallo CSJ STL2759-2022.

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 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 SL1688-2019, 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, se indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se limita *“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 18 de septiembre de 1996; migró al RAIS, administradora Protección S.A. el 1 de julio de 2003 (Archivo 019. fl. 35 expediente digital).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante manifestó que mientras trabajaba, unos asesores del fondo privado realizaron una reunión a todos los empleados, de aproximadamente 10 minutos, en la que les informaron que el Seguro Social se iba a acabar, que el fondo privado era mejor. Agregó que no le explicaron el régimen de transición, tampoco el derecho al retracto, y cómo se iba a pensionar. Expresó que firmó el formulario de manera voluntaria y que recibe extractos.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Protección 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, como antes se explicó, 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 inejecución 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 inejecución 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 inejecución 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 Protección S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la inejecución del acto jurídico de traslado. Por tanto, la administradora 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). Por tanto, la decisión se modificará en esta parte.

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 del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

Como quiera el Juzgado declaró la nulidad de la afiliación 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 a deber de información se debe abordar desde esta institución, en sentido estricto, y no desde la óptica de la nulidad.

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 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de abril de 2019 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 examinada, el que quedará así: condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, debidamente actualizado, el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la accionante, 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.

CONFIRMAR en los 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


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada