República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RICARDO ENRIQUE PORRAS BOADA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 035 2017 00810 01

Bogotá D. C., primero (1°) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a dar cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia STL10281-2021 Radicado n.° 63842 Acta 30, once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021), notificada el 18 de agosto a este despacho y cuyo expediente se recibió de manera física el día 24 de los corrientes, mediante la cual se ordenó: *Dejar sin efecto la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá proferida el 13 de agosto de 2020, en el proceso ordinario laboral que el accionante instauró contra Porvenir S.A. y Colpensiones.*

Por otra parte, se advierte que la apoderada de la parte demandante presento escrito de alegaciones, insistiendo en la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada al RAIS, por la falta de información o ilustración por parte de la AFP, para el momento de cambio de régimen pensional.

Igualmente, COLPENSIONES insiste en la revocatoria de la sentencia, indicando que el afiliado no hizo uso del derecho de retracto, como tampoco cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para

retornar el Régimen de Prima Media. Adicionalmente agregó que el actor escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería pertenecer y que la nulidad no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil.

Acatando lo dispuesto por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia se procede a dictar sentencia con fundamento en lo dispuesto en la decisión de tutela:

I. ANTECEDENTES

El demandante pretende que se declarare la nulidad del traslado efectuado al fondo de pensiones PORVENIR S.A., ante la falta de la información sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional. Como consecuencia de la anterior declaración, peticiona se ordene a las entidades convocadas a juicio a trasladar y recibir respectivamente los valores contenidos en su cuenta mientras estuvo vinculado en el Régimen de Ahorro Individual, así como el pago de las costas procesales. De manera subsidiaria, solicita se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado al RAIS o la nulidad o ineficacia por la ilegalidad del traslado de régimen pensional

Sustentó sus pretensiones, en que el 23 de mayo de 1994, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, administrado por PORVENIR S.A., entidad que no le comunicó las consecuencias de dicho traslado, como tampoco le brindaron información clara, completa y oportuna. Asimismo, indicó que realizó aportes a COLPENSIONES, desde el 6 de marzo de 1989 y que radicó ante las entidades demandadas petición, encaminada a la nulidad, ineficacia o ilegalidad del traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, siendo denegado el requerimiento.

Como fundamento normativo citó el artículo 13, 60, 114 de la Ley 100 de 1993, artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias n.°31989 de 2008, 31314 de 2008, 33803 de 2011, 46292 de 2014 y SL 17595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, por medio de apoderada judicial, dio contestación como aparece de folios 73 a 75 del plenario, donde se opone a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que el traslado que efectuó el demandante no estuvo sujeto de ningún vicio en el consentimiento, como quiera que de manera libre y voluntaria, conforme lo prevé el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, procedió a firmar el contrato de afiliación. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho reclamado buena fe y prescripción.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 97-105, mediante la cual se opone a las pretensiones incoadas por el actor, manifestando que el traslado que efectuó el actor al Régimen de Ahorro Individual estuvo sujeto al lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y sus decretos reglamentarios, como por las instrucciones impartidas por la Superintendencia financiera de Colombia, además que la afiliación estuvo precedida de la suficiente ilustración sobre el RAIS. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de mayo de 2019, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: ABSOLVER a las demandados COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ENRIQUE PORRAS BOADA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.*
>
> *SEGUNDO: CONDENESE EN COSTAS al demandante, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de $100.000, que se orden incluir en la respectiva liquidación de costas.*
>
> *TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral de oralidad, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA."*

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumento que si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias con

radicación n.° 31981 y 31314 de 2008, 33803 de 2011 y SL 12134 de 2014, estableció que le correspondía a la entidades administradoras de pensiones, demostrar que impartieron la información pertinente a sus afiliados previo a la vinculación, consideró que en el caso examinado no se evidenció engaño por parte de las entidades convocadas a juicio, ya que dado el grado de escolaridad del actor, conocía las consecuencias de la actuación desplegada, además que para la fecha de traslado no era posible realizar una proyección o cálculo del monto pensional que le podía corresponder por pensión de vejez, sumado a que se trasladó a diferentes fondos privados, por lo que a su juicio aceptó las condiciones e información que estas entidades le impartían. Por último, en cuanto a la ineficacia del traslado aseguró que según sentencia n.°68838 de 2019, esta figura no era aplicable a esta clase asuntos.

IV. RECURSO DE APELACION DEMANDANTE

Insiste en que se desconocieron las normas y los precedentes jurisprudenciales, respecto del deber de información por parte de la Administradora de pensiones, al momento de realizarse el traslado. Así mismo indicó que le correspondía al fondo privado acreditar que impartió la asesoría correspondiente e información frente a la implicación de la afiliación al RAIS, situación que no ocurrió. Finalmente aseguró, que no se estudió la pretensión subsidiaria relacionada con la ineficacia del traslado, por no cumplir con los presupuestos de permanencia mínima, ya que desde que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, venia afiliado a la Régimen de Prima Media, por lo que su traslado al RAIS, solo era posible hasta el año 1997, es decir, después de que se cumpliera el tiempo mínimo de permanencia en un régimen pensional.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 5 de agosto de 2020, señaló el 13 de agosto de 2020, fecha para proferir por escrito la decisión de segunda instancia.

En la fecha señalada, la Sala mayoritariamente emitió sentencia en cuya parte resolutiva se dispuso:

"PRIMERO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, la seguridad social es un derecho autónomo y las normas de su estatuto contenidas en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, regulan íntegramente el acto de afiliación a un régimen pensional, las competencias y sanciones en caso de infracción a la libertad de elección.

SEGUNDO: DECLARAR que de conformidad con los precedentes jurisprudenciales citados, las normas reguladoras del acto de afiliación, deben aplicarse integralmente, sin posibilidad de fraccionarse, ni tomar parte de una y otra para dar paso a una tercera que se ajuste al caso.

TERCERO: DECLARAR que la ineficacia del acto de afiliación a un régimen pensional a causa de la deficiencia en el deber de información, debe sujetarse integralmente a lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993,

CUARTO: DECLARAR que el deber de información está a cargo de las administradores de pensiones, en la forma en que se establecido en las normas citadas en los precedentes jurisprudenciales en sus diferentes etapas y, que su aplicación tiene efecto general inmediato y no retroactivo.

QUINTO: DECLARAR que en Colombia coexisten dos regímenes pensionales administrados por sujetos de derecho privado, en el caso de las AFP y público de carácter especial en el caso de Colpensiones, que compiten libremente en la captación de afiliados y son excluyentes.

SEXTO: DECLARAR que no hay presupuestos procesales para dar aplicación a la ineficacia del acto de afiliación demandado, con fundamento en lo preceptuado en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, en virtud de que su aplicación debe hacerse integralmente, atendiendo al principio de inescindibilidad y son las autoridades administrativas allí señaladas las competentes.

SEPTIMO: DECLARAR que el juzgamiento de validez del acto de afiliación y sus consecuencias, debe hacerse a la luz del estatuto de seguridad social contenido en la ley 100 de 1993 y sus modificaciones, en atención al principio de integración normativa.

OCTAVO: DECLARAR que el acto de afiliación al sistema pensional nace de una obligación legal, es unilateral de adhesión y sometimiento a las condiciones impuestas por el legislador y a las modificaciones que este imponga en leyes posteriores.

NOVENO: DECLARAR que el acto de afiliación a un régimen pensional, no tiene carácter contractual y en consecuencia sus requisitos y efectos no nacen de la voluntad de los sujetos que en el intervienen sino de las disposiciones contenidas en la ley.

DECIMO: DECLARAR que Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. son sujetos de derecho que administran dos regímenes pensionales que coexisten, compiten entre sí, son excluyentes y sus obligaciones son autónomas frente a los actos del afiliado en materia de elección y afiliación libre a cualquiera de los dos.

ONCE: DECLARAR que el acto de afiliación determina la forma de financiamiento de la pensión y no de su monto, razón por la cual no involucra un derecho subjetivo del afiliado sobre este último.

DOCE: DECLARAR que el deber de información está sometido en su contenido a las normas vigentes al momento en que se realizó la afiliación al régimen pensional y no pueden aplicarse normas posteriores, en virtud del principio de irretroactividad de la ley.

TRECE: DECLARAR que cualquier daño que se ocasione al afiliado por incumplimiento en los deberes de la AFP o de sus funcionarios, debe ser resarcidos por estas en atención a lo dispuesto en el Decreto 720 de 1994.

CATORCE: DECLARAR que los efectos legales de la afiliación a un régimen pensional no surgen de acuerdos entre el afiliado y la administradora escogida sino de la ley y, en consecuencia, los mismos no pueden tornarse en perjuicios a cargo de la administradora.

QUINCE: DECLARAR que Colpensiones es ajena al acto de afiliación de la demandante y al deber de información a cargo de las AFP, a la luz de las normas vigentes para el mes de mayo de 1994, fecha del traslado a Porvenir S.A. y, no pueden aplicarse las disposiciones posteriores que establecieron la doble asesoría.

EN CONSECUENCIA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito, de fecha 27 de mayo de 2019, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo del demandante RICARDO ENRIQUE PORRAS."

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

El demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.° 63842, Corporación que emitió fallo el 11 de agosto de 2021, notificado el 18 de agosto de 2021 y en la cual dispuso:

"PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de RICARDO ENRIQUE PORRAS BOADA.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO la sentencia de 13 de agosto de 2020, proferida por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, para que en el término de diez (10) días contados a partir de la notificación de la presente sentencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de trasparencia y caga argumentativa válida y suficiente.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada."

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31**

05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

C O N S I D E R A C I O N E S

El problema jurídico para resolver será determinar si procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional solicitada por el actor, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas; cuya solución se dará atendiendo los argumentos de la decisión de tutela que favoreció a la accionante.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Laboral, para amparar los derechos fundamentales del accionante en la sentencia de tutela que promoviera, fue de manera principal el siguiente: En efecto, en la última de aquellas sentencias esta Corporación señaló´ cuáles son las implicaciones de dicho deber e indico´ que en este tipo de casos, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado. Sobre el particular, indico´:

> *En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió´´ información corresponde a su contraparte demostrar que si la rindo dado que es quien está en posición de hacerlo. Radicado n.° 63108 SCLAJPT-11 V.00 9 Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el*

artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional. Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452- 2019, CSJ SL16882019 y CSJ SL1689-2019). Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

Atendiendo lo expuesto en los precedentes citados y la interpretación y valoración realizada por la Sala de Casación respecto del deber de información, resulta insuficiente el formulario de afiliación de fecha 23 de mayo del año 1994, para entender cumplido el deber de información que le asistía a la AFP Porvenir S.A y en consecuencia deberá atenderse la declaratoria de ineficacia solicitada por el actor.

Una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluyendo los gastos de administración en que hubiere incurrido.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H.

Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En relación con la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las expuestas en la decisión de tutela, no prosperan las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones a juicio de lo expuesto en la decisión de tutela, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante de COLPENSIONES a la AFP PORVENIR S.A., en consecuencia, se **REVOCARÁ** la decisión absolutoria proferida por el Juzgado.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 27 de mayo de 2019, para en su lugar **DECLARAR LA INEFICACIA** de la afiliación del demandante **RICARDO ENRIQUE PORRAS BOADA,** realizada a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a partir del 23 de mayo del año 1994. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA