



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 035 2019 00517 01
DEMANDANTE: ERWIN DURÁN CASAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuesto por las demandadas las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2021. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la «ineficacia de la afiliación» y subsidiariamente la «nulidad de la afiliación» al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) a través de la AFP ING, hoy Protección S.A. adelantada el 1 de marzo de 1995. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes junto con sus rendimientos. A la última a activar la afiliación y aceptar el traslado de recursos. Se disponga a las demandadas reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 25 de julio de 1960, se afilió al régimen de prima media con prestación definida (RPM) en marzo de 1981 y cotizó 299.86 semanas. Indicó que se trasladó al RAIS a través de la AFP ING, hoy Protección S.A. Adujo que el promotor del fondo le informó que podría pensionarse anticipadamente con un monto superior. Refirió que a la fecha ha cotizado más de 1.300 semanas. La AFP Porvenir S.A. realizó proyección según la cual la mesada en el RAIS ascendería a \$1'143.507, entre tanto, en Colpensiones sería de \$3'058.842. Finalmente, que las demandadas negaron la petición de retorno a RPM (expediente digital, archivo 01 fls. 5 a 16, subsanación fls. 61 a 83 y reforma fls. 88 a 99).

La AFP Porvenir S.A., rechazó el éxito de las peticiones. Admitió la data de nacimiento del actor, las semanas cotizadas, la proyección pensional y la solicitud de retorno a RPM. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. En su defensa, expuso que el demandante se trasladó en forma consciente, espontánea y voluntaria y el trámite se dio con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha (expediente digital, archivo 3 fls. 37 a 58 y reforma archivo 06).

La AFP Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las peticiones. Manifestó que no son ciertos o no le constan la totalidad de los hechos. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, *«inexistencia de la obligación de devolver al seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa»,* traslado de aportes y las demás declarables de oficio (expediente digital, archivo 11 fls. 1 a 24).

Colpensiones rechazó el éxito de las súplicas. Aceptó la data de natalicio del accionante, la afiliación al RPM, la reclamación administrativa y su respuesta. Manifestó que no le constan los hechos restantes. Planteó las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables oficiosamente. Alegó que el demandante se encuentra incurso de una prohibición legal para retornar a prima media, no hizo uso del derecho de retracto y no es beneficiario del régimen de transición. (expediente digital, archivo 1 fls. 108 a 141 y archivo 16 reforma fls.1 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de julio de 2021 (expediente digital, carpeta 7), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Erwin Duran Casas al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP ING hoy Protección S.A. y como consecuencia, se ordena a Porvenir S.A., fondo en el que está actualmente afiliado, trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, según la parte indicada en la parte motiva.

SEGUNDO: SE CONDENAN a Protección y a Porvenir a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión del demandante, los gastos de administración, conforme al tiempo de este permaneció afiliado a cada uno de ellos, como se indicó en la parte motiva.

TERCERO: SE CONDENAN a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a afiliar nuevamente a Erwin Duran Casas al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir.

CUARTO: SE CONDENAN en costas a Protección señalando como agencias en derecho \$2'000.000, suma que se incluye en la liquidación de costas, sin costas a cargo de Porvenir y Colpensiones.

QUINTO: De no apelarse la decisión se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que la estudien en consulta.

Como sustento de su decisión, señaló que el fondo no demostró haber brindado al actor información adecuada al momento del traslado por ello no tenía posibilidad de conocer las ventajas y desventajas de su decisión, así las cosas, su consentimiento no fue informado, derivando así en la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron lo resuelto.

Colpensiones reclama la revocatoria de la sentencia, al argumentar que el demandante está incurso en prohibición legal de retornar a RPM en razón de la edad. Sostuvo que no se probó la configuración la configuración de algún vicio del consentimiento. Indicó que el actor es persona plenamente capaz de suscribir contratos y debió concurrir suficientemente informado a la escogencia de su régimen pensional, máxime cuando es una persona conocedora del sistema de seguridad social que trabajó en un fondo de pensiones. En caso de no acogerse a los argumentos expuestos, solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, debidamente indexados, por cuanto no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP reintegre los recursos sin descuento alguno.

La AFP Porvenir S.A. aspira que se revoque la decisión, bajo el argumento de que no es dable exigir obligaciones respecto al deber de información que no estaban vigentes para el momento del traslado. Señaló que la inconformidad en el monto de la mesada pensional no es motivo válido para declarar la ineficacia deprecada. Indicó que el demandante, era asesor de Porvenir, por ello, conocía las características del RAIS. De otra parte sostuvo que no es procedente ordenar la devolución de gastos de administración, pues la gestión de la AFP generó rendimientos que son superiores al capital aportado, que también se ordena trasladar. Refirió que sobre los susodichos conceptos opera el fenómeno extintivo de la prescripción.

La AFP Protección S.A., aspira se revoque la sentencia, pues demostró que brindó asesoría en los términos previstos en la ley para la época, la que se materializó con la firma libre y voluntaria del formulario de vinculación, sin que se evidenciara la configuración de vicio del consentimiento. Además, el actor posteriormente tuvo la oportunidad de recibir información y de retornar al RPM, pero no lo hizo y con ello faltó a sus deberes como consumidor financiero y ratificó su voluntad de permanecer vinculado al trasladarse de AFP. Aseguró que cuanto a la comisión de administración, estas sumas fueron descontadas por mandato legal, compensaron la buena gestión de la administradora que generó rendimientos en la cuenta de ahorro individual, que resultan superiores a los que hubiere obtenido en prima media. Sostuvo que trasladó todos los recursos a Provenir, por tanto, tendría que entrar a asumir con su propio patrimonio los gastos de administración y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones y al actor.

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. 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 el actor.

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 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 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

VI. CASO CONCRETO

Según el reporte de semanas cotizadas expedido por Colpensiones el actor se afilió al ISS el 2 de marzo de 1981 (expediente digital, archivo 2). Migró al RAIS, administrado por Davivir S.A. el 9 de febrero de 1995, con la suscripción de formulario de afiliación (expediente digital, archivo 11 fl. 33), en el que se puede leer:

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

Posteriormente, se trasladó horizontalmente el 1 de mayo de 1999 a Porvenir S.A., conforme certificación expedida por Asofondos (expediente digital, archivo 03 fl. 60).

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante manifestó que para el momento del traslado laboraba en «*Granzones Cerámicos San José*» allí se presentaron asesores de ING, hoy Protección S.A., quienes informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que al trasladarse se pensionaría anticipadamente o retirar el dinero en cualquier momento. Refirió que firmó el formulario en blanco, no realizó preguntas, ni se acercó a ING a solicitar información adicional. Relató que se afilió a Porvenir porque se vinculó laboralmente a dicha AFP y era prerrequisito de vinculación, se desempeñó 7 meses como asesor comercial, recibió capacitación básica sobre la Ley 100 de 1993, para «*poder captar la mayor cantidad de clientes*», pero explicó que no conocía las diferencias de cada régimen, solo sabía que los fondos estaban aliviando la carga prestacional que estaba asumiendo el Instituto de Seguros Sociales. Adujo que en el 2017, cuando se liquidó la empresa donde laboró más de 18 años, se dio cuenta de su situación pensional y el perjuicio que representaría pensionarse en Porvenir representado en el monto de la pensión. Confesó «*yo vinculé a personas mal informadas y estoy sufriendo las mismas consecuencias de esas vinculaciones que yo hice mal hechas, porque yo era*

miope, porque estaba desinformado, así estuviese trabajando en un fondo de pensiones».

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

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. (CJS SL 5686-2021).

En consecuencia, resulta evidente que la susodicha AFP faltó a su deber de información, 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)

Ahora, 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 afiliado, deberá devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del 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 se modificará 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).

Cumple agregar que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Davivir, hoy Protección 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 el demandante estuvo vinculado 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). En consecuencia, la sentencia será modificada en este aspecto. 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).

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, por ello, la sentencia será adicionada en este punto.

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 causan costas en este grado jurisdiccional, ni en la instancia ante su no causación.

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 primero de la sentencia proferida el 27 de julio de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., que quedará del siguiente tenor: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor Erwin Duran Casas al régimen de ahorro individual con solidaridad a la AFP ING hoy Protección S.A. y como consecuencia, se ordena a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. 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.

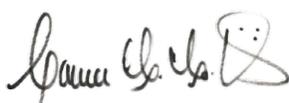
SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la decisión de primera instancia en el sentido de condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras el demandante estuvo vinculado a este fondo. 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

(En uso de permiso)

ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada