



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. – SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Once (11) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LEYLA ESCOBAR VASQUEZ contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Rad. 110013105-022-2018-00176 -01.

Con la finalidad de surtir las apelaciones interpuestas en el presente proceso, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020 en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala a dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral mediante sentencia STL4084 de 2020, la cual deja sin efecto la sentencia de 05 de noviembre de 2019 proferida por esta Sala de Decisión y ordena proferir nueva decisión en los términos expuestos por el Alto Tribunal. En esa medida, se resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las accionadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de junio de 2019. De igual manera, habrá de revisarse la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora LEYLA ESCOBAR VASQUEZ, promovió demanda ordinaria con el fin de que se declare la nulidad del traslado efectuada a COLFONDOS S.A. por vicios en el consentimiento. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos; así como a COLPENSIONES recibirla como afiliada en el RPM sin solución de continuidad y aceptar el traslado de los dineros consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes a pensión con sus respectivos rendimientos.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 09 de julio de 1963, que se afilió al ISS el 04 de marzo de 1982 y el 14 de marzo de 1996 suscribió formulario de traslado a la AFP COLFONDOS S.A, pero la asesoría brindada careció del buen consejo, por cuanto omitió informarle los regímenes pensionales existentes, las diferencias entre cada uno, las limitaciones y sus beneficios, afirma que no le realizaron proyección de su mesada pensional teniendo en cuenta el RPM y el RAIS que le permitiera tener total claridad sobre su situación pensional en lo referente a la edad de pensión, monto y tasa de reemplazo; sostuvo que la información se basó en que el ISS sería liquidado y perdería el tiempo cotizado a pensión, que el monto pensional sería mejor en el RAIS y estaría acorde a sus ingresos, que la negociación del bono pensional se realizaría de inmediato, lo cual le generaría rendimientos adicionales y que según las simulaciones realizadas obtendría la pensión a la edad de 38 años; pero nunca le informaron las características de cada régimen, ni sobre la prohibición de trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para pensionarse y mucho menos le realizaron una proyección pensional que le permitiera tener pleno conocimiento de su decisión de trasladarse de régimen; por lo que presentó derecho de petición ante COLFONDOS S.A comunicando las inconsistencias del traslado, solicitud que tuvo como respuesta que no era posible el traslado de régimen ya que le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensionarse y que igualmente, ante COLPENSIONES suscribió formulario de traslado, pero que aun así su petición fue negada con el mismo argumento de COLFONDOS S.A (Fls. 22 a 35).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, bajo el entendido que la demandante a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, 01 de abril de 1994, solo contaba con 30 años de edad y no alcanzaba a completar las 750 semanas o 15 años o más de servicios, razón por la cual no es beneficiaria del régimen de transición establecido en el art. 36 de la Ley ya mencionado. Formuló como excepciones «inexistencia del derecho para regresar al RPM»; «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»; e «innominada o genérica» (Fls. 44 a 64).

La **AFP COLFONDOS S.A.** contestó la demanda, con oposición a las pretensiones formuladas indicando que la demandante estaba equivocada al creer que al momento

de su afiliación fue inducida en error o hubo indebida asesoría, pues la administradora cumplió con las formalidades para la afiliación, al tiempo que la vinculación fue resultado de su voluntad libre y espontánea. Propuso como excepciones «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado»; «no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPM»; «buena fe»; «validez de la afiliación al RAIS»; «compensación y pago»; «obligación a cargo exclusivamente de un tercero» y «ausencia de vicios del consentimiento» (Fls. 78 a 94).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 10 de junio de 2019, declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS el 14 de marzo de 1996. Como consecuencia de lo anterior, ordenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que la AFP COLFONDOS no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, para que la demandante tomará una decisión libre de vicios, expresando el *a quo* el deber de información no solo se aplica para personas con expectativa pensional o derecho causado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación señalando que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal por lo que su representada no tendría la obligación de aceptar el traslado del régimen pensional de la demandante, de conformidad con el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, señalando se debe tener en cuenta lo expresado por la demandante en su interrogatorio en cuanto a la asesoría que le hizo el promotor comercial de COLFONDOS quien en su sentir sí le explicó en qué consistía la cotización en el RAIS.

Por su parte, la **AFP COLFONDOS** muestra inconformidad con la decisión tomada expresando que cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia aduce que se invierte la carga de la prueba y que de no demostrarse que se obró conforme al deber de buen consejo, estas solo hacen referencia a personas que tenían el régimen de transición, razón por la cual considera su representada no tenía que obrar conforme lo indicó la

Corte Suprema de Justicia en dichas sentencias, porque la demandante sí tiene garantizado su derecho pensional y su acceso a la Seguridad de Social como también su mesada pensional pues la AFP tiene el capital suficiente para financiar su pensión. Por otro lado, señala que solo hasta la expedición de la Ley 1714 y Decreto 1748 del año 2014, nació la obligación para los fondos de pensiones de documentar todo lo referente a la asesoría brindada al momento de efectuarse el traslado y pues como el traslado de la demandante se realizó en el año 1996 no existía ese deber de guardar o de informar todo lo relacionado con la asesoría verbal que brindó su representada. En cuanto a los gastos de administración a la cual fue condenada, manifiesta que ello generaría un enriquecimiento injustificado por parte del fondo que recibe esos gastos, ya que su representada precisamente con esos gastos de administración trabajó el capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante para generar los rendimientos, advirtiendo que la ley tiene mecanismos precisos de cuando los fondos de pensiones tienen que devolver esos gastos de administración y es cuando hacen uso indebido de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual y no generan los rendimientos mínimos señalados por la ley, solicitando sea revocado el numeral relacionado con esta condena.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Pues bien, para resolver la controversia conforme a la orden tutelar, es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual

Así las cosas, a folio 03 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de julio de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 2 de marzo del 2017 (fl. 8) y ante COLFONDOS el 21 de junio del 2016 (fl. 11), es decir, cuando le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 377.43 semanas de cotización (fl. 114) equivalentes a 7 años, 4 meses y 2 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, con fundamento en la ausencia del suministro de una debida información, pretende la actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el cual, según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de marzo de 1996 (fls. 103), específicamente, y conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS.

En el contexto decisional que se procede a cumplir, debe precisarse frente al tema y en virtud de la tutela que así lo ordena, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de

forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído que se cumple, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora hacia el fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, conforme lo decidió la tutela que se cumple, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, al no existir medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional en su caso.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 103), plasmado en el formulario

de afiliación a COLFONDOS, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela que se cumple, concluye esta Sala de decisión que la AFP COLFONDOS omitió al momento del traslado de régimen, 14 de marzo del 1996 (fl. 103), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este aparte, frente al punto de apelación de COLFONDOS, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, advirtiendo en todo caso, que tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre el contexto decisonal de esta decisión y la prescripción en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia STL4084 de 2020, de tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

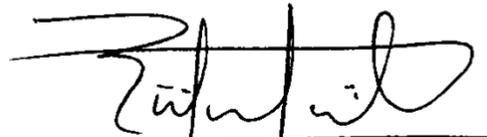
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020