



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA CUARTA LABORAL

Ordinario Laboral 1100131050 **04 2016 00593 02**
Demandante: LUISA ISABEL SALAS CANTILLO
Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
Magistrado Ponente: DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA:

Procede la Sala, en cumplimiento del fallo de tutela proferido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el 3 de febrero de 2021, a resolver, el recurso de apelación elevado por PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, y estudiar el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de COLPENSIONES.

I-. ANTECEDENTES:

1.1 DE LA DEMANDA:



La señora LUISA ISABEL SALAS CANTILLO formuló demanda ordinaria laboral para que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por conducto de PROTECCIÓN S.A.

En consecuencia, se condene a la AFP a trasladarla al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, el valor de los saldos o aportes pensionales de su cuenta personal; y a esta última entidad a aceptar su vinculación, más lo que resulte probado *ultra y extra petita*.

1.2 SUPUESTO FÁCTICO:

Como fundamento de sus pretensiones, expresó que prestó sus servicios como empleada del Departamento de Cundinamarca desde el 13 de enero de 1989 hasta la fecha, habiendo realizado cotizaciones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; señala que el 19 de septiembre de 2002 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por conducto de la AFP PROTECCIÓN S.A., fecha en la cual el jefe de personal le indicó que diligenciara el formulario de afiliación, aunado a una gestión engañosa del asesor del fondo pensional, por lo que se le indujo de manera equivocada su traslado.

Señaló que el traslado no se produjo mediando una manifestación libre y voluntaria, al desconocer la incidencia de la decisión sobre sus derechos prestacionales. Refiere que su continuidad en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad generaría una renuncia tácita a su derecho a la seguridad social, pues con el valor del bono pensional y su ahorro individual, no alcanzaría a cumplir con los requisitos para obtener una pensión.



Finalmente, que el 29 de junio de 2016, solicitó a PROTECCIÓN S.A. la nulidad de vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, negando tal solicitud el 5 de julio de 2016; así mismo radicó solicitud de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida ante COLPENSIONES el 29 de junio de 2016, negándosele mediante oficio del 7 de julio de 2016.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

COLPENSIONES operó la *litis contestatio* señalando que tanto la ley como la jurisprudencia han sido claros en establecer que la elección de fondos es una elección libre y voluntaria, lo cual además se acredita en tanto la actora aceptó y firmó el formulario de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Argumenta que no existieron vicios del consentimiento en dicho traslado, además de recordar que la ley es clara en establecer que un afiliado solo podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o más para cumplir la edad mínima requerida para obtener el derecho pensional.

Propuso y sustentó las excepciones de mérito que denominó carencia de título para pedir, prescripción, buena fe, improcedencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

Por su parte PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones, refiriendo que si bien se alega que al momento del traslado a la actora no se le brindó la información, dicha aseveración carece de soporte probatorio, máxime que suscribió el formulario de afiliación, lo que evidencia que el traslado se llevó a



cabo de forma libre, espontánea y sin presiones, demostrando además con su permanencia por más de 15 años, la intención de pertenecer a dicho régimen.

Finalizó resaltando que lo peticionado, se encuentra afectado por la excepción de cosa juzgada, toda vez que la actora inició el proceso radicado con el número 2013-00595 ante el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el que solicitó el traslado al Instituto de Seguros Sociales, el que fue objeto de desistimiento.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre de 2018 declaró la nulidad de la afiliación que realizó la actora al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, ordenando a COLPENSIONES a aceptar el traslado; finalmente declaró no probada la excepción de cosa juzgada presentada por PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a dicha conclusión, estableció en principio, que no opera la cosa juzgada en el caso concreto, toda vez que no hubo identidad de objeto y causa *petendi*, toda vez que en el anterior proceso se solicitó el traslado de régimen y en el presente proceso se invoca la nulidad de la afiliación, situaciones que tienen un alcance diferente.

Determinó que de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de las pruebas y la normatividad vigente se establece que



frente a los traslados de régimen pensional, las entidades encargadas de esa dirección y funcionamiento, deben garantizar una decisión informada, libre y voluntaria, en virtud de lo cual el afiliado debe conocer los riesgos de dicho traslado, resaltando que la responsabilidad de las Administradoras de los Fondos Pensionales es de carácter profesional.

Además de ello, estableció que la carga de la prueba se invierte, por lo que la administradora es la encargada de brindar la información que brindó para aquella época, por lo que, de acuerdo al material probatorio, no se lo logró demostrar por parte de PROTECCIÓN S.A. haber otorgado información debida, completa y veraz, por lo que declaró la nulidad de la afiliación.

III. RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA:

El apoderado de la parte demandada PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación señalando que no se analizó en debida forma lo regulado en el artículo 314 del Código General del Proceso, en cuanto al desistimiento de las pretensiones, ya que la actora a través de proceso con radicado No. 2013-595, conocido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, pretendió la misma causa procesal, de la cual desistió.

En cuanto a la nulidad de traslado, estableció que, según los precedentes verticales, aplica para los casos en que se es beneficiario del régimen de transición, lo cual no acaece en el presente plenario. Indicó que la nulidad solo procede en casos que se presenta un vicio del consentimiento, siendo que el error de derecho no vicia el consentimiento.



Argumenta que el deber de doble asesoría surgió posteriormente a la afiliación de la demandante, por lo que para dicha fecha no existía tal obligación, menos aún la de realizar un cálculo. Finalizó solicitando que se declare la prescripción de la acción de nulidad, toda vez que la misma es independiente del derecho pensional.

IV. CONSIDERACIONES:

a. Trámite de segunda instancia:

Se surtió el trámite consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, corriendo traslado a las partes para la etapa de alegaciones, las que se aportaron al plenario.

b. Problema jurídico:

Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, deberá determinarse (i) si se configura la excepción de cosa juzgada; y (ii) si resulta ineficaz el traslado de régimen pensional.

c. Del caso en concreto:

Excepción de cosa juzgada:

El artículo 303 del CGP, norma aplicable al presente caso por remisión normativa del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., consagra el fenómeno jurídico de cosa juzgada en los siguientes términos:



“La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

“Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

Esta institución garantiza la seguridad jurídica, pues impide la toma de decisiones contradictorias en un mismo asunto, cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

Frente a dicha institución, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha referido entre otras, en la sentencia SL-8658 de 2015, recordada en la sentencia SL-1303 de 2018 que:

“[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias”.

En punto de lo anterior, para resolver si en el presente caso la excepción está llamada a prosperar, se pasa a analizar si los elementos que la configuran se encuentran presentes entre los procesos señalados, para lo cual se tomarán



como referente lo contenido en el proceso con radicado 2013-00595 conocido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá.

Frente a la identidad jurídica de partes, no hubo inconformidad, debiéndose prohiar en el presente caso como satisfecha, pues además es palmario que las partes son las mismas.

En cuanto a la identidad de objeto y causa, se hace necesario establecer que en el primer proceso conocido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, las pretensiones, entre otras, estuvieron dirigidas a que se declarara el traslado de la actora a COLPENSIONES (Fl. 2) de lo que se concluye que revisada las pretensiones del proceso de la referencia (Fl. 5) estas difieren por cuanto en el presente se pretende la nulidad o ineficacia del acto de afiliación, siendo instituciones jurídicas que si bien persiguen la misma finalidad, tienen causas distintas.

En cuanto a los hechos que fundamentan el derecho de acción, se observa que son semejantes, discrepando en cuanto a que en el proceso 2013-00595 se sustentan en una petición presentada en el año 2007, así como que para dicha data lo que se expresaba en los mismos, era la posibilidad de traslado por mandato legal, específicamente que le faltaban más de 10 años para pensionarse, mientras que en la presente no se refiere a los mismos.

Revisado entonces el libelo introductor, así como el cuaderno contentivo del proceso conocido por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, se tiene que no hay lugar a declarar la excepción de cosa juzgada, lo que da vía libre a que se estudie las pretensiones del proceso, esto es la declaración de



nulidad o ineficacia de traslado efectuado por la demandante ante la AFP PROTECCIÓN S.A.

Ineficacia de Traslado:

Una vez determinado lo anterior, para desatar el problema jurídico planteado, debe rememorarse que tanto el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, como el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecen las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes allí previstos, es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Asimismo, se tiene que, en protección a aquel derecho de libertad de elección de régimen, el legislador previó en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de su violación, por parte del empleador o cualquier persona natural o jurídica, además de la imposición de multas por las autoridades del Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social, según el caso, el que dicha afiliación es ineficaz, acto de manifestación de voluntad que denuncia la accionante le fuera vulnerado al momento del traslado bajo estudio, al ser persuadida de trasladarse del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, sin informarle las consecuencias negativas de ello, por lo cual, de establecerse que en efecto no se verificó una debida asesoría que le permitiera ejercer la libre escogencia del régimen pensional, el traslado quedará sin efecto, según el precitado artículo 271 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



entre otras, en la sentencia SL19447-2017, Radicación No. 47125 del 27 de septiembre de 2017.

Es menester acotar que las administradoras se ubican en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la seguridad social, lo que le impone el cumplimiento de las obligaciones a su cargo entre las que se encuentra, valga reiterar, la de la debida información, que debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, ofreciendo para ello una ilustración completa y comprensible para tomar la decisión de la elección del régimen pensional, pues de no obrar en tal sentido, puede llegar a afectar el derecho irrenunciable de la seguridad social a los afiliados, la que comprende no solo el derecho en sí mismo estimado como su legítima expectativa valorativa.

Por ello, valga recordar que las AFP, como entidades financieras vigiladas por la Superintendencia Financiera y conforme al numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen. Obligación que se mantuvo con la modificación introducida por el artículo 23 de Ley 795 de 2003 e igualmente, con la Ley 1328 de 2009, respecto del régimen de protección al consumidor financiero.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, frente a la obligación de brindar información, concluyó que *“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos*



pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la referida providencia, también se analiza el alcance de la jurisprudencia en torno a la ineficacia del traslado, señalando que *“ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información. De hecho, la regla jurisprudencial [...] es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo. Esto, desde luego, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto”*, criterio último que recientemente se estableció como vinculante, entre otras, en la sentencia de tutela STL3199-2020, Radicación T 58288 del 18 de marzo de 2020, en la cual se concluyó que:



“[...] las reglas jurisprudenciales sobre ineficacia del traslado no estaban condicionadas a que el afiliado perteneciera al régimen de transición, tuviera un derecho consolidado o una expectativa legítima de pensionarse, pues la Corte ya había señalado que este hecho era irrelevante”.

De igual manera, en la referida providencia, se consignó frente a la carga de la prueba, que:

“Esta Corporación en ninguna sentencia ha insinuado o expresado que la carga de la prueba del deber de información, a cargo de los fondos privados de pensiones, pueda relativizarse en función de las particularidades de cada caso o dependiendo de si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición. Por el contrario, ha insistido en que pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, 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”.

En ese orden de ideas, debe acotarse que cuando se alega la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al Fondo de Pensiones, independientemente de si se es o no beneficiario del régimen de transición o si se tiene una expectativa pensional próxima a consolidarse, hechos estos últimos que resultarían irrelevantes para la aplicación del precedente antes referido.

Una vez determinado lo anterior, se tiene que en el presente proceso se aportó el formulario de afiliación a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER, hoy



PROTECCIÓN S.A. del 19 de septiembre de 2002 (Fl. 21), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, no acredita que en efecto se haya suministrado la información oportuna y veraz, máxime que, tal como lo reiteró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de tutela antes referida, *“Desde la sentencia CSJ SL, 09 sep. 2008, rad. 31989, la Sala ha sostenido que la suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado”*.

Por otra parte, en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que se le haya brindado la información suficiente, clara y precisa, que permitiera dar por sentado que existió un consentimiento informado, por el contrario, adujo que en su lugar de trabajo ubicado en la Gobernación de Cundinamarca se establecieron módulos en los cuales los asesores de las AFP ofertaban el traslado de régimen, sin explicar las ventajas y desventajas del traslado, señalando simplemente que el Instituto de Seguros Sociales se iba a liquidar y que podría acceder a una pensión antes de tiempo, sin conocer los montos para acceder a dichos beneficios.

De igual manera la testigo ANA ISABEL CHIZABAS ESPITIA, relató que en el año 2002 los asesores de diversos fondos privados concurrían a la Gobernación de Cundinamarca a dar charlas grupales, señalando que la pensión sería más elevada y a una menor edad, sin informar las características propias de cada régimen, sin conocer las condiciones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, reuniones a las cuales compareció la accionante.



De otra parte, no se aportaron pruebas que acreditan el cumplimiento de dicha obligación, motivo por el cual se debe declarar la ineficacia del traslado, lo que además apareja la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual de la actora, incluidos los gastos de administración y las primas de la aseguradora, tal como la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, refirió en sentencia SL1421-2019, Radicación No. 56174 del 10 de abril de 2019:

“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 esta 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.”

De igual manera, en sentencia SL638-2020, Radicación No. 70050 del 26 de febrero de 2020, refirió:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.



Por lo anterior, al estimarse como nunca realizado el traslado, no existe razón para que la AFP no verifique la devolución de los gastos de administración que haya cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a COLPENSIONES, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Ahora, en virtud del grado jurisdiccional de consulta, tal como lo estableció el máximo órgano de cierre, en la sentencia SL1688-2019, Radicación No. 68838 del 8 de mayo de 2019, *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*, motivo por el cual, la excepción de prescripción resulta impróspera.

Finalmente es menester modificar parcialmente la sentencia de primer grado en lo que respecta a la decisión de declarar nula la afiliación, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, lo procedente es la ineficacia del traslado. Así se decidirá. **SIN COSTAS** en esta instancia por considerar que no se causaron.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, **LA SALA CUARTA 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: MODIFICAR PARCIALMENTE sentencia proferida el 21 de noviembre de 2018, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de la referencia, en el entendido de declarar **INEFICAZ** la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de esta decisión.

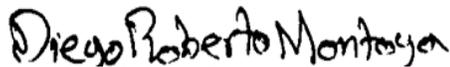
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado