



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Bogotá D.C., Primero (01) de julio de dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de MAGDA PATRICIA LEÓN
MENDOZA contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A Rad. 11001 31 05
007 2018 00214 01.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, 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 PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral el 26 de mayo de 2021 sentencia STL7789-2021 (631164), la cual deja sin efecto alguno la sentencia de 22 de octubre de 2019 proferida por la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal y ordenó proferir nueva decisión en los términos expuestos por el Alto Tribunal. En esa dirección se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de julio de 2019. Así como estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MAGDA PATRICIA LEON MENDOZA**, pretende que se declare la nulidad del traslado del régimen que realizó el 1º de abril de 1995; que se ordene a las demandadas COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes encaminadas a anular el traslado efectuado. Como consecuencia de lo anterior solicitó se ordene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro

individual y a COLPENSIONES a recibir los mismos y que proceda a corregir y actualizar la historia laboral y declarar que la única afiliación válida fue la efectuada el 4 de julio de 1983 al ISS.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis indicó que, nació el día 18 de noviembre de 1964, que se afilió al ISS el 4 de julio de 1983 y posteriormente el 1º de abril de 1995 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., afiliación que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, por lo que no existe consentimiento libre y voluntariedad. Señaló que desde la fecha de afiliación hasta el 31 de marzo de 2018, ha cotizado un total de 1173 semanas a Protección, más lo cotizado al ISS da un total de 1745 semanas. Indicó que la AFP debía informar sobre el año de gracia concedido por la ley, que antes del 18 de noviembre de 2011 podía trasladarse de régimen pensional, sin embargo, esta situación no se presentó; aduce que protección informó que su pensión de vejez en el RAIS sería de \$1.409.000 para el año 2021 oportunidad en la que cumpliría 57 años de edad. Por último señaló que presentó derecho de petición a Protección S.A. y a Colpensiones. (fls.3 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La parte demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Colpensiones** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, para lo cual argumentó que el traslado efectuado por el demandante se realizó con su consentimiento y conforme a la norma. Por otro lado, señaló que al momento de la solicitud de traslado la demandante contaba con 54 años de edad es decir se encontraba durante el término de prohibición legal de traslado de acuerdo a la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones «inexistencia de declaratoria del derecho para regresar al RPM»; «prescripción»; «caducidad»; «inexistencia de causa de nulidad»; «no procedencia al pago de costas»; e «innominada o genérica» (fls.85 a 100).

La AFP PROTECCIÓN S.A contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, señalando que a la demandante siempre se le brindó una debida asesoría. Por otro lado señaló que no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación y ni siquiera establece cual es la naturaleza de la nulidad que pretende. Formuló como excepciones «prescripción»; «cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación»; «buena fe» y «compensación». (fls.114 a 126).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 18 de julio de 2019, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad; la ineficacia de la afiliación y traslado realizado del RPM al régimen de ahorro individual con solidaridad. Como consecuencia ordenó a protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual junto con su rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por **COLPENSIONES**; así como a recibir sin solución de continuidad como afiliadas al RPM desde su afiliación inicial cuatro (4) de julio de 1983. Y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para arribar a la anterior, tras considerar que Protección no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación suministró la información suficiente, por lo que declarada la ineficacia condenó a la AFP a retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta de ahorro individual de la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, señalando que para que exista una obligación conforme a lo dispuesto en el artículo 1524 del Código Civil, esta debe tener una causa, un objeto lícito y las partes que lo suscriben deben ser plenamente capaces, por lo cual asegura que en el presente proceso dicha obligación nació a la vida jurídica y tiene plena validez, pues no se probó por las demandadas la existencia de algún vicio del consentimiento contemplado en el artículo 1508 del Código Civil, por lo cual asegura debe determinarse con absoluta claridad si al momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, a la demandante se le indujo en error para que suscribiera dichos documentos necesarios para el traslado de régimen, precisando que si bien la accionante señaló en su interrogatorio que su decisión obedeció a que el Instituto De Seguros Sociales se extinguiría tal situación no es contraria a la realidad, pues mediante Decreto 2013 de 2012 se suprimió efectivamente tal entidad más no el régimen de prima media con prestación definida, afirmando que han transcurrido más de veinte (20) años de estar afiliada

la actora al régimen de ahorro individual siendo su decisión permanecer en el mismo.

Por otro lado argumenta si bien existe la obligación de los fondos de pensiones de informar, no ocurre lo mismo con la obligación de documentar la información que se suministra a los potenciales afiliados, obligación que tan solo nació con la expedición de la Ley 1748, la cual no tiene un carácter de aplicación retroactiva ya que con ello se les estaría imponiendo a las administradoras de fondos de pensiones una obligación casi que imposible, advirtiendo la recurrente que la subregla de la inversión de la carga de la prueba desarrollada en la jurisprudencia, no constituye una regla probatoria de carácter general que obligue aplicarla en todos los casos, ya que en los casos en que se ha aplicado es cuando los demandantes son beneficiarios del régimen de transición.

Por otro lado afirma que la decisión tomada genera una descapitalización del sistema pensional, indicando se debe tener en cuenta lo referente a la sostenibilidad financiera del sistema, lo cual ha sido estudiado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-242 de 2009, expresando se debe tener en cuenta que el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media tienen formas de distribución de aportes diferentes, por lo cual la actora luego de veinticuatro (24) años en los cuales no ayudó a financiar las pensiones ni los gastos del régimen de prima media no pueden hoy verse beneficiada del mismo.

Finalmente respecto de las costas del proceso, solicita se absuelva conforme a lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 48 de la Constitución, el cual dispone que no podrán destinarse o utilizarse los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ellas, razón por la cual el pago de costas y agencias en derecho sería contrario a la perspectiva constitucional.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 22 de octubre de 2019 (fl. 240), se cumplió con lo previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

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 es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que 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.

Así las cosas, a folio 31 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento 18 de noviembre de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 26 de febrero de 2019 (fls. 61 a 74), es decir cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba y/o tenía el equivalente a 455.86 semanas cotizadas al ISS (fl. 32), 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, pretende la parte 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 de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el

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 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".

el 28 de marzo de 1995 (Fl. 127), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A.

En el contexto decisonal que se procede a cumplir, debe precisarse frente al tema y en virtud de la tutela que así lo ordena, la Sala de Casación 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 integral 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 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 suficiente y pertinente 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 de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo dato de aquello que resulte relevante para la toma de la 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 AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN 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 al momento de realizar el traslado de régimen pensional, en los términos aquí referidos, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS que la acogía o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional frente al del RPM que abandonaba.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 127), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la 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 AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que, del interrogatorio de parte no puede extraerse que se le haya brindado la información necesaria y la de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA, omitió en el momento del traslado de régimen (28 de marzo de 1995, fol. 127), 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 punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan 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 de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, 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, las cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

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 servicio 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 aquella 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 de la 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 la prescripción y el sentido decisonal 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.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido la AFP recurrente, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirma la decisión en este aparte de la sentencia.

Con este sentido y preciso alcance, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la CSJ STL5091-2021 del 21 de abril de 2021 (rad. No. 62802), y en virtud de lo discurrido es por lo que se ha de confirmar 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,

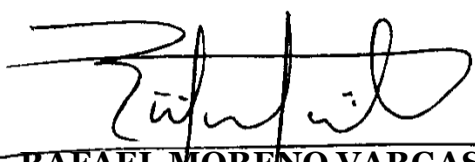
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia, las cuales se entienden así integradas a ella.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.