



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Bogotá D.C., Catorce (14) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OSCAR DE JESUS LONDOÑO AGUIRRE contra COLPENSIONES, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A Rad. 110013105-021-2016-00554-01.

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 mediante sentencia del 22 de septiembre de 2021 (STL13411-2021 rad. No. 64352) y notificado por dicha Corporación mediante correo electrónico el 12 de octubre de 2021, la cual deja sin efecto alguno la sentencia de 21 de enero de 2020 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 resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 02 de mayo de 2019. Así como estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **OSCAR DE JESUS LONDOÑO AGUIRRE**, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado a Colpatria el 5 de diciembre de 1995, realizando su retorno inmediato al RPMPD. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a Protección S.A a devolver todos y cada uno de los valores consignados a la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados; así como a

Colpensiones a tramitar el recaudo de los dineros que posee Porvenir S.A con motivo de la afiliación y a activarlo en la nómina como trabajador dependiente.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis manifestó que nació el 21 de marzo de 1958, que estuvo afiliado a la Caja de Previsión del Distrito desde el 2 de agosto de 1984 hasta el 5 de diciembre de 1995, fecha en la que se trasladó a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A y que posterior a ello se trasladó a Protección S.A, pero que al realizar los traslados no se le realizó ningún calculo actuarial, ni se le suministro información clara, completa y cierta respecto de las características de los regímenes, así como tampoco de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el RPMPD; por lo que solicitó la nulidad del traslado tanto a Protección S.A como a Colpensiones, solicitudes que fueron negadas (Fls. 2 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, pues señala que el demandante nunca ha estado afiliado a la entidad y que si bien su empleador el Hospital Occidente de Kennedy III nivel en su momento efectuó cotizaciones por error, también lo es que estas fueron debido a que el afiliado estaba vinculado con el RAIS como lo demuestra la respectiva historia laboral; aunado a ello, indicó que la supuesta afiliación efectuada por el demandante a la administradora de fecha 19 de diciembre de 2013 no era posible, pues para dicha data este ya se encontraba inmerso en la prohibición de que trata el art. 2º de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepción previa «falta de integración del contradictorio o integración del Litis Consorcio Necesario numeral 9 del art. 100 del CGP» y como excepciones de fondo «inexistencia del derecho y de la obligación»; «cobro de lo no debido»; «buena fe»; «prescripción»; e «innominada o genérica» (Fls. 67 a 74).

La **AFP PROTECCION S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas, argumentando que el demandante decidió afiliarse de manera libre y espontánea al fondo, por lo que estaba claro que de manera tácita se dio por subsanada cualquier posible nulidad generada en las afiliaciones que se demandan, como quiera que desde 1995 el demandante ha estado vinculado en dos distintas AFP dando a entender de manera inequívoca su deseo de permanecer en el RAIS; aunado a ello, señaló que el demandante si recibió la información que ordena la ley respecto del régimen, por lo que no puede alegar después de 20 años la falta de deber de información. Formuló como excepciones «falta de legitimación en la causa por pasiva»; «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado»; «saneamiento de cualquier presunta nulidad en el traslado de régimen»; «no existe

prueba de causal de nulidad alguna»; «no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para que el demandante sea merecedora de un traslado al RAIS»; «buena fe de mi representada»; e «innominada o genérica» (Fls. 105 a 137).

La AFP PORVENIR S.A contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, pues manifestó que el traslado realizado por el demandante es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento, fue de manera libre y espontaneo, manifestando su consentimiento con la suscripción del formulario, luego de habersele brindado la asesoría pertinente. Formuló como excepciones de mérito «prescripción»; «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «buena fe»; «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «innominada o genérica»; «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones» y «debida asesoría del fondo» (Fls.164 a 172).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de mayo de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A el 5 de diciembre de 1995. Como consecuencia de lo anterior, condenó a Protección S.A a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración; así como a Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración y de traslado y a Colpensiones a activar la afiliación en el RPMPD y actualizar la historia laboral. Finalmente, declaró no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que la demandada Porvenir S.A no demostró haber suministrado la información necesaria e idónea al actor en el momento del traslado de régimen pensional, por lo que dicho traslado no es eficaz o valido.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión el apoderado de Porvenir S.A interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque en su integridad la decisión de primera instancia por cuanto si bien en la época del traslado existía el deber de información por parte de las AFP no se exigía que se guardara prueba de ello más allá del formulario de solicitud de afiliación, por otro lado expresa que la inversión de la carga de la prueba

no puede ser procedente en el presente caso dado que el demandante a la hora del traslado no contaba con ninguna clase de expectativas legítimas y mucho menos derechos adquiridos por lo cual debía estar a cargo del demandante. Finalmente afirma que hay un desconocimiento a la legitimidad del régimen de ahorro individual por cuanto el *a quo* condenó a que su representada traslade a Colpensiones los gastos de administración, señalando no ser procedente ello ya que el demandante se favoreció de los mismos y se encuentran legalmente establecidos y avalados por la Corte Constitucional.

Por su parte Colpensiones en la alzada señala que para la época del traslado no existía una normativa que especificara que se debía tener como prueba del deber de información bajo la responsabilidad de las AFP algo diferente al formulario de solicitud de afiliación, advirtiendo que el demandante también tenía el deber de informarse como un buen padre de familia, lo cual no ocurrió ni siquiera en el momento en que solicitó afiliarse nuevamente al ISS, solicitud que no se llevó a cabo y que el demandante no estuvo pendiente de este proceso, ratificando por el contrario su deseo de pertenecer al RAIS al momento de trasladarse entre fondos de pensiones pertenecientes a éste.

Finalmente, el apoderado de Protección S.A recurre la decisión señalando que la *quo* no valoró acertadamente la inasistencia por parte del demandante al interrogatorio de parte, esto es, la apreciación del indicio grave en contra de la parte citada tal como lo establece el artículo 205 del C.G.P., razón por la cual manifiesta la demandada Porvenir no pudo probar lo declarado en la contestación a la demanda y el deber de información que debió cumplir en el momento del traslado ya que al no existir documento escrito que lo pruebe lo iba a corroborar a través del interrogatorio de parte, a pesar de que Porvenir tampoco asistió a dicho interrogatorio. Por otro lado, argumenta que no existe ningún sustento jurídico que permita descontarle a su representada los gastos de administración más aún cuando ha actuado de manera idónea frente a estos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 20 de noviembre de 2019 (fl. 743), 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 del 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, obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante (Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-554.pdf, pág. 67), donde se registra como fecha de nacimiento el 21 de marzo de 1958, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2020, de igual forma conforme la documental obrante en la página 61 (Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-554.pdf) el demandante es servidor público del orden distrital, por ser empleado del Hospital Occidente de Kennedy, procediendo a solicitar su traslado mediante peticiones elevadas ante Colpensiones y Protección S.A. el 06 y 08 de febrero de 2016, respectivamente (Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-554.pdf, págs. 25 a 30 y 32 a 27), es decir cuando ya estaba a menos de diez años de cumplir 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, esto es, la comunicación externa del Hospital Occidente de Kennedy a través de la cual se certifica que el accionante labora en dicha institución desde el 02 de agosto de 1984 (Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-554.pdf, pág. 61) había cotizado 561 semanas a CAJANAL (Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-

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”.

554.pdf, págs. 217 y 277), 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 05 de diciembre de 1995 (Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-554.pdf, pág. 217), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR 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 hacía el fondo accionado AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.

Ahora, conforme lo decidió la tutela que se cumple, en ese contexto decisonal se verifica si en el momento del traslado de régimen el 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 el 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 el 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 (Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-554.pdf, pág. 217), plasmado en el formulario de afiliación a COLPATRIA, hoy PORVENIR, 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 AFP PORVENIR 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 PORVENIR, antes COLPATRIA, omitió en el momento del traslado de régimen (05 de diciembre de 1995, Exp. Digital: 01 EXPEDIENTE 2016-554.pdf, pág. 217), el deber de información para con el promotor 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 el 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 del 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 cargas que tiene que asumir el 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 el 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.

De otra parte, frente al hecho de que el actor antes del traslado estuviese afiliado en pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social-CAJANAL, basta con indicar que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se entiende que al estar afiliado a dicha Caja, después de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones (artículo 151 ley 100 de 1993) continuó afiliado al régimen de prima media con prestación definida, es decir, que siendo hoy Colpensiones la única administradora del mismo, resulta clara la procedencia de la condena en punto a realizar la vinculación del demandante desde la fecha en que se efectuó el traslado irregular 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 la prescripción y el sentido decisorio 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.

Con este sentido y preciso alcance, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la CSJ STL13411-2021 del 22 de septiembre de 2021 (rad. No. 64352), 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,

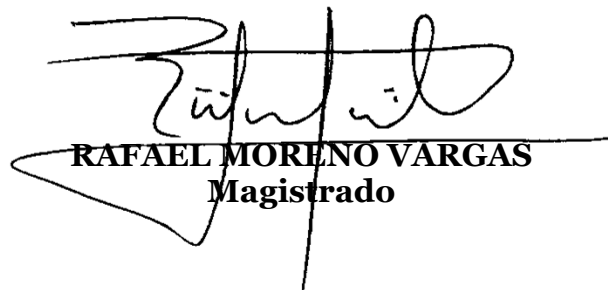
RESUELVE

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

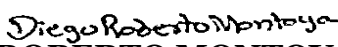
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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