



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ELIZABETH ROJAS FONSECA contra OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 029 2017 00655 01

Bogotá D. C., nueve (9°) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

La Sala de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá procede a dar cumplimiento a la orden de tutela emitida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia STL12742-2021 Radicado n.º 60742 Acta 36, veintidós (22) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), notificada el 4 de octubre a este despacho y cuyo expediente se recibió digitalmente el día 27 de octubre de la presente anualidad, mediante la cual se ordenó: *“Dejar sin efectos la sentencia emitida el 13 de febrero de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario laboral con radicación n°11001310502920170065501 que la Elizabeth Rojas Fonseca promovió contra Colpensiones, Old mutual y Protección S.A. para que, en su lugar, esa autoridad judicial, en un plazo no superior a diez (10) días, contados a partir de la notificación de este proveído, profiera una decisión de reemplazo en la que tenga en cuenta los razonamientos expuestos en esta decisión”*.

Acatando lo dispuesto por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia se procede a dictar sentencia con fundamento en lo dispuesto en la decisión de tutela:

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante fuera declarada la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media administrado por el ISS hoy Colpensiones al de ahorro individual con el Fondo de Pensiones Protección S.A., por no haberle proporcionado ese fondo la información completa y comprensible sobre los riesgos y desventajas de su vinculación.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculada con el ISS desde el 3 de marzo de 1982, que a partir del 1°. de agosto de 2002 se vinculó con el Fondo de Pensiones privado, sin que para su afiliación se le hubiera brindado la asesoría necesaria sobre su situación pensional frente a las ventajas y desventajas de esa vinculación.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que el traslado de la demandante al Fondo privado tiene plena validez y legalidad, ya que ella eligió de manera libre y voluntaria afiliarse al régimen de ahorro individual en el que ha permanecido por 17 años, sin que exista causal alguna que pueda invalidar ese acto. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fls. 51-55)

OLD MUTUAL S.A., como fundamento de su posición manifestó que la solicitud de nulidad del traslado es improcedente porque la demandante no allegó prueba alguna de las razones de hecho que sustentan esa pretensión y no se acredita ningún vicio del consentimiento en su decisión de vincularse al régimen de ahorro individual. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 82-99)

PROTECCIÓN S.A., sustentó su oposición en que el traslado realizado por la demandante al régimen de ahorro individual fue completamente valido, sin que

estuviera cobijada por el régimen de transición por no contar con los requisitos exigidos al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, sin que exista el supuesto engaño que aduce con el único propósito de procurarse un medio para regresar a Colpensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio del consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, eficacia del traslado al Rais y no pertenecer al grupo de personas que pueden recuperar el régimen de prima media. (fls. 140-147)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de noviembre de 2018, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: AUTORIZAR el traslado de la señora ELIZABETH ROJAS FONSECA identificada con la CC 39.533.737, realizado al hoy FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIA PROTECCIÓN S.A. el día 01 de agosto de 2002, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del traslado de la demandante ELIZABETH ROJAS FONSECA, incluidos los rendimientos y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a legalizar la afiliación y recibir de OLD MUTUAL ADMIONISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del traslado de la demandante ELIZABETH ROJAS FONSECA, incluidos los rendimientos y gastos de administración.

CUANRTO: Sin condena en costas.

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada, en los términos del artículo 69 del CPT y de la S.S.” (fl. 174).”

Como fundamento de su decisión, el A-quo argumentó que de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado que en estas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulta relevante para la toma de decisiones que se persigue, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la

carga de la prueba del actor a la entidad demandada, aunado señaló que era un deber brindar un información clara, pertinente, oportuna de las consecuencias que tenía el traslado de régimen.

IV. RECURSOS DE APELACION

La apoderada de Colpensiones argumentó que la demandante no es beneficiaria del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la fecha del traslado efectuado tiene plena validez, el contrato suscrito con la AFP del RAIS goza de plena validez y autonomía pues la afiliada era consiente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y la elección del régimen se llevó acabo de manera libre espontánea y sin presiones, como se evidenció en el interrogatorio de parte que absolvió; no puede la actora retornar al régimen de prima media por ausencia clara de los requisitos legales y jurisprudencia para su procedencia. También se evidencia que el derecho se encuentra cobijado por el fenómeno de la prescripción y la orden dada en la sentencia afecta totalmente la sostenibilidad financiera de la entidad.

Old Mutual a través de su apoderada puso de presente que la demandante debido a su edad en la actualidad ya no cumple con uno de los requisitos exigidos para trasladarse de régimen, porque le faltan menos de diez años para acceder a un derecho pensional en el régimen de prima media; manifestó que por la responsabilidad y el deber profesional que realiza la AFP tenía derecho a descontar los gastos de administración y se opuso a la condena que dispone la devolución de esas sumas.

V. ACTUACION PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

Esta corporación mediante auto del 5 de febrero de 2019, se señaló el 13 de febrero de 2020, fecha para proferir por Audiencia Pública la decisión de segunda instancia.

En la fecha señalada, la Sala mayoritariamente emitió sentencia en cuya parte resolutive se dispuso:

“PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de noviembre de 2018, para en su lugar ABSOLVER a las entidades demandadas de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el recurso, las de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.”

VI. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, con radicado n.º 60742, Corporación que emitió fallo el 22 de septiembre de 2021, notificado el 4 de octubre de 2021 y en la cual dispuso:

“PRIMERO: CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social, acceso a la administración de justicia y debido proceso de ELIZABETH ROJAS FONSECA.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la sentencia emitida el 13 de febrero de 2019 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el proceso ordinario laboral con radicación n.º 1001310502920170065501 que la Elizabeth Rojas Fonseca promovió contra Colpensiones, Old Mutual y Protección S.A. para que, en su lugar, esa autoridad judicial, en un plazo no superior a diez (10) días, contados a partir de la notificación de este proveído profiera una decisión de reemplazo en la que tenga en cuenta los razonamientos expuestos en esta decisión.

TERCERO: EXHORTAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

CUARTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.”

VII. ACLARACION PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado

por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

C O N S I D E R A C I O N E S

El problema jurídico para resolver será determinar si procede la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional solicitada por la actora, y si en caso de prosperar resultan atendibles la solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES S.A. y las demás condenas solicitadas; cuya solución se dará atendiendo los argumentos de la decisión de tutela que favoreció a la accionante.

Para dar solución al cuestionamiento planteado, conviene precisar que el argumento de la H. Sala de Casación Laboral, para amparar los derechos fundamentales de la ahora accionante en la sentencia de tutela que promoviera, fue de manera principal el siguiente: En efecto, en la última de aquellas sentencias esta Corporación señaló cuáles son las implicaciones de dicho deber e indico que en este tipo de casos, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado. Sobre el particular, indico:

“En consecuencia, si se arguye que al momento de surtirse la afiliación, el fondo de pensiones no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el afiliado no puede acreditar que no recibió información corresponde a su contraparte demostrar que si la rindió dado que es quien está en posición de hacerlo. Radicado n.° 63108 SCLAJPT-11 V.00 9 Esa visión de la inversión de la carga de la prueba, también tiene asidero en el artículo 1604 del Código Civil cuyo tenor enseña que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de donde sigue la conclusión incontrastable que corresponde al fondo de pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las

implicaciones del traslado de régimen pensional. Y es que no puede ser de otra manera, en cuanto no es dable exigir a quien está en desventaja probatoria el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un desatino, 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 (CSJ SL 19447-2017, CSJ SL1452- 2019, CSJ SL16882019 y CSJ SL1689-2019). Además, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros."

Atendiendo lo expuesto en los precedentes citados y la interpretación y valoración realizada por la Sala de Casación Penal respecto del deber de información, resulta insuficiente el formulario de afiliación de fecha 1 de agosto del año 2002, para entender cumplido el deber de información que le asistía a la AFP Protección S.A y en consecuencia deberá atenderse la declaratoria de ineficacia solicitada por la actora.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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 ésta 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."

Las anteriores consideraciones a juicio de lo expuesto en la decisión de tutela, resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante de COLPENSIONES a la AFP PROTECCIÓN S.A., en consecuencia, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito, el 26 de noviembre de 2018, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA