

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

**Magistrada Ponente:
LUZ MARINA IBÁÑEZ HERNÁNDEZ**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

Número de Proceso: 110013105021 2022 00265 01
Demandante: Sofía Cristina María Cuestas Rojas
Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Procede la Sala Segunda Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, conformada por los magistrados, Marceliano Chávez Ávila, Claudia Angélica Martínez Castillo y Luz Marina Ibáñez Hernández, quien actúa como ponente, a dictar la siguiente SENTENCIA de segunda instancia dentro del presente proceso, así:

I. ANTECEDENTES:

1. PRETENSIONES

La señora, **Sofía Cristina María Cuestas Rojas**, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.- Protección S.A. y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. – Porvenir S.A., con el fin de obtener las siguientes pretensiones (fº. 8 del archivo 1):

Exp. No. 021 2022 00265 01

“PRIMERA: SE DECLARE que la **AFP COLMENA, HOY PROTECCION** faltó al deber de informar a la demandante de las ofertas que existían en el mercado, es decir la existencia de otro régimen pensional como es el caso del REGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado en ese entonces por el ISS, conforme al artículo 97 del decreto 663 de 1993.

SEGUNDA: SE DECLARE que la **AFP COLMENA, HOY PROTECCION** faltó al deber de informar manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las características e implicaciones que tenía al afiliarse en comparación al REGIMEN DE PRIMA MEDIA administrado en ese entonces por el ISS.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior que se **DECLARE** la ineficacia de afiliación de mi poderdante al **REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD** por resultar **INEFICAZ** la afiliación a la **AFP COLMENA, HOY PROTECCION S.A.**

CUARTA: DECLARAR que los subsiguientes traslados entre administradoras resultan igualmente ineficaces y no producen ningún efecto jurídico alguno.

QUINTA: DECLARAR que la señora SOFIA CUESTAS queda en libertad de escoger el régimen que considere pertinente y conforme a su voluntad es el REGIMEN DE PRIMA MEDIA ADMINISTRADO POR COLPENSIONES conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

SEXTA: SÍRVASE ORDENAR a **LA AFP PORVENIR** el envío a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras.

SEPTIMA: ORDENAR a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y rendimientos devueltos por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, actualizar, corregir la historia laboral y ponerla a disposición de la demandante.

OCTAVA: CONDENAR a las demandadas a pagar las costas y agencias derecho al demandante.

NOVENA: se condene extra y Ultra Petita”

2. HECHOS RELEVANTES

Como fundamentos fácticos de las súplicas, en síntesis, señaló, que:

1. Suscribió formulario de afiliación en la AFP Colmena hoy Sociedad Administradora de Pensiones Protección S.A., sin recibir información concreta y veraz de las implicaciones que tendría su decisión de afiliarse a dicha entidad.

Exp. No. 021 2022 00265 01

2. En el documento de vinculación no quedó registro de la asesoría brindada.
3. Migró a la Administradora de Pensiones Porvenir S.A., mediante una cesión por multiafiliación sin ser notificada de tal determinación.
4. El asesor comercial no le advirtió sobre las condiciones que debía cumplir estando en el RAIS, ni tampoco de la posibilidad de afiliarse al RPM.
5. Desconocía que podía trasladarse de régimen antes de cumplir los 57 años.
6. Actualmente está adscrita a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

3. ACTUACIÓN DEL JUZGADO

La demanda fue presentada ante el Centro de Servicios Administrativos Jurisdiccionales para los juzgados civiles y de familia, el 7 de julio de 2022 (archivo 2), al Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá y se procedió a admitir el libelo introductorio con proveído del 14 de febrero de 2023 (archivo 8).

La Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A presentó contestación en término resistiéndose a los pedimentos de la demanda. Frente a los hechos no aceptó ninguno. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. Sentó su inconformidad respecto al *petitum* de la demanda, al estimar que, la entidad brindó una debida asesoría al momento de la afiliación de la actora, respondiendo las inquietudes que se le presentaron, por ello, el acto es existente, válido y exento de vicios del consentimiento (archivo 9).

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA contestó en término oponiéndose a los pedimentos de la demanda. Aceptó la fecha del natalicio de la actora y su vinculación a la entidad para la fecha de presentación de la demanda, de los demás fundamentos fácticos dijo no constarle o no ser ciertos. Propuso las excepciones que

Exp. No. 021 2022 00265 01

denominó buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación táctica de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas. No se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas contra la otra entidad convocada a juicio y respecto a las argumentaciones expuestas en su contra, sostuvo que, no existe una causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, al no existir vicio en el consentimiento, al cumplirse a cabalidad con su deber de asesoría (archivo 10).

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, se resistió al éxito de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento de la petente y de los demás fundamentos fácticos dijo no constarle y no ser ciertos. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, inoponibilidad por ser tercero de buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica. Como motivos de su defensa expuso que, en el expediente no obraba prueba alguna de que efectivamente la actora se le hubiese hecho incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, ni se realizó una nota de protesto o anotación que permita inferir que hubo inconformidad por la afiliada, encontrándose que las documentales están sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria su afiliación (archivo 13)

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El JUZGADO VEINTIUNO LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, mediante sentencia del 20 de junio de 2023, puso fin a la primera instancia de la siguiente manera, (archivo 20):

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-, a la ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora **SOFÍA CRISTINA MARÍA CUESTAS ROJAS** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y FALTA DE CAUSA PARA PEDIR planteada por **PROTECCIÓN S.A.**, **AUSENCIA DE REQUISITOS LEGALES PARA QUE SE DECLARE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** propuesta por **PORVENIR S.A.** y la **de INEXISTENCIA DEL DERECHO PARA REGRESAR AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA** planteada por COLPENSIONES de acuerdo con las consideraciones expuestas en la motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la actora y a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** Liquídense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000 para cada una de las convocadas a juicio.

CUARTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá D.C., en favor de los intereses de la parte actora en caso de no ser apelada oportunamente.”

Para llegar a tales conclusiones sostuvo que, del historial de afiliaciones, se encontraba que la demandante se había inscrito por primera vez al sistema general de pensiones a Pensiones y Cesantías Colmena hoy Protección el 8 de julio de 1997 con efectividad a partir del 9 de julio de 1997, fondo del cual se trasladó a la AFP Porvenir S.A., y al que se encuentra cotizando en la actualidad, situación que se corroboraba con el formulario de afiliación visible a folio 21 del archivo 9, por lo que, al no encontrarse acreditados vicios del consentimiento para adoptar la decisión de afiliarse al RAIS, como selección inicial, la declaratoria de la ineficacia, no era viable, pues con ella, se retrotraen las actuaciones a su estado inicial, pues, ello conllevaría a la desafiliación del sistema, al no haber realizado con anterioridad al año 1997 aportes al RPM, resultando tal actuación contraria a las disposiciones constitucionales y quedando desprotegida por los riesgos que se cubren con sus aportes.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del *A quo*, la demandante interpone recurso de apelación argumentando para tal efecto que, *“si bien es cierto en el presente caso se busca la declaratoria de la ineficacia de afiliación al Régimen de Ahorro Individual, este procedimiento guarda una extensa relación con la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, lo anterior, dado que el fundamento base del proceso judicial en mención, de ambos procesos judiciales en mención, es la misma falta de información, clara, completa, veraz y suficiente de la ineficacia de traslado de régimen pensional o de la afiliación al régimen pensional”*, no encontrándose una confesión sobre la entrega de información idónea para tomar una decisión informada, al no exhibirse otras opciones o modalidades pensionales. En el presente caso no se encuentra acreditado el deber de información, por lo tanto, se debe revocar la sentencia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en la Ley 2213 de 2022, las partes guardaron silencio.

7. PROBLEMA JURÍDICO

Teniendo en cuenta los motivos de apelación, procede la Sala a resolver si el juez de primer orden erró al no invalidar la afiliación al RAIS efectuada por la demandante el 8 de julio de 1997, ante la eventual deficiencia en la información que le hubiera brindado AFP Colmena hoy Sociedad Administradora de Pensiones Protección S.A.AFP Protección.

II. CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante, al momento de sustentar su respectivo recurso de apelación.

Exp. No. 021 2022 00265 01

No es objeto de discusión que Sofia Cristina María Cuestas Rojas nació el 12 de septiembre de 1973 (fº. 22 archivo 1) y se afilió el 8 de julio de 1997 al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la administradora de pensiones y cesantías Colmena el 8 de julio de 1997, dejándose plasmado allí que, se trataba de una vinculación inicial, corroborándose tal afirmación con el certificado expedido por Asofondos (fº. 25 archivo 9) y con el reporte de semanas cotizadas emitido por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en donde se verifica que se hizo el pago del período de diciembre de 1997, pero tal rubro fue remitido al RAIS, por no encontrarse vinculado en el RPM (fº1 archivo 14).

El Sistema general de Seguridad Social en Pensiones de conformidad con el artículo 12 de la Ley 100 de 1993 está integrado por 2 regímenes pensionales: el de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y el de Ahorro Individual con Solidaridad por los fondos privados, ambos coexisten, pero son excluyentes.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 13 regló las características del Sistema General de Pensiones y en el literal b, estipuló “**La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior 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. El empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca este derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1o. del artículo 271 de la presente ley”.

Además, en el ordinal “e” de la preceptiva legal se condicionó el movimiento o traslado del afiliado, entre régimen, solamente una vez cada tres años, a partir de la selección inicial, siendo modificado dicho término, a cinco años, con la expedición de la Ley 797 de 2003.

Agregando esta disposición, otro requisito adicional, y es que, tal movimiento no se podía realizar, cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Exp. No. 021 2022 00265 01

Sabido es que la ineficacia del traslado trae como consecuencia, el retrotraer las actuaciones surtidas respecto al movimiento efectuado, así lo ha expuesto la Sala De Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1688-2019 y SL 3464-2019:

“Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.”

Precisamente, como la ineficacia de traslado procura retrotraer la situación del afiliado al estado en que se hallaba antes de que cambiara de régimen pensional, imperioso es que aquel estuviera afiliado a uno de los dos subsistemas pensionales, esto es, o al de RPM o al RAIS. Y en el caso sub examine, la actora efectuó la selección inicial al SGSSP en el año 1997, por lo que, al no existir acto previo de afiliación, está no podría invalidarse.

En los anteriores lo dejó sentado, nuestro máximo Órgano de la Jurisdicción Ordinaria Especialidad Laboral, en sentencia SL4244-2022 *“De esta suerte, si el actor nunca formó parte del modelo de prima media, como está acreditado y no se discute, la desaparición de la inscripción al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, si se quiere, por simple sustracción de materia (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019).”*. Criterio reiterado en la sentencia SL 1806-2022, en la que se sostuvo *“Por otra parte, la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente*

Exp. No. 021 2022 00265 01

la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho”

Por lo que, la Sala comparte las conclusiones de la falladora de primera instancia de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la actora, pues antes de la selección inicial que hiciera en el año 1997, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir las cotizaciones efectuadas en las AFP demandadas, por la potísima razón, como se expuso no había vinculación al Sistema General de Pensiones.

Luego entonces, la única forma en que, Sofía Cristina María Cuestas Rojas se pudiese trasladar al RPM, debía realizarlo en la oportunidad contemplada en el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y al no haberlo realizado, se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

Costas en segunda instancia.

Dado el resultado desfavorable del recurso, se impondrá condena en costas a cargo de la demandante y a favor de la entidad y fondo de pensiones demandados.

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de junio de 2023 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

Exp. No. 021 2022 00265 01

SEGUNDO.- Costas en esta instancia a cargo de la demandante y a favor de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de CIEN MIL PESOS M/CTE (100.000), por concepto de agencias en derecho.

Notifíquese, cúmplase y remítase el expediente al juzgado de origen, una vez ejecutoriada la sentencia.

LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ

Magistrada

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado

CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

(con salvamento de voto)