



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA 4 DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: OSVALDO TENORIO CASAÑAS

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RODRIGO JAVIER CHÁVES CASTIBLANCO contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-012-2017-00304-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, 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 23 de marzo de 2022 por medio de la sentencia STL4237-2022 (Rad. 66178), la cual deja sin efecto alguno la sentencia del 20 de septiembre de 2018 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 lo apoderados de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de junio de 2018. Igualmente se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por el resultado adverso a esta entidad y ser el Estado garante de las obligaciones pensionales que administra, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor RODRIGO JAVIER CHÁVES CASTIBLANCO actuando por intermedio de apoderado, pretende que se declare la nulidad de su traslado efectuado del RPM al RAIS a través de PROTECCIÓN S.A. y, por consiguiente, se le condene a esta última, trasladar todos los aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES para que

esta, a su vez, active su afiliación y reciba todos los aportes correspondientes. Lo anterior, más el pago de costas, agencias en derecho, lo extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 19 de febrero de 1957 por lo que a la fecha de la presentación de la demanda tenía 60 años de edad, que se afilió al RPM a partir del 29 de septiembre de 1995 y el 17 abril de 1996 se trasladó al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A. antes ING PENSIONES Y CESANTÍAS, quien al momento de su afiliación no le brindó la información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen y no le indicó sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen (fls. 1 a 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas en su contra manifestando como medio defensivo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A. sin que hubiese probado error, fuerza o dolo al momento de la afiliación, por lo que existió voluntad de trasladarse de régimen pensional. Formuló las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 46 a 51).

PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones haciendo hincapié que el demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria al momento en que suscribió la afiliación, luego de que la AFP le brindase por intermedio de sus asesores la información precisa, detallada y verás sobre las implicaciones del cambio de régimen, no obrando alguna constancia d situación anómala o constreñimiento. Formuló las excepciones de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 3800 de 2003 en concordancia con el Decreto 3995 de 2008, buena fe y prescripción (fls. 79 a 86).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 20 de junio de 2018 declaró la ineficacia del traslado del demandante ante el RAIS por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A. anteriormente ING PENSIONES Y CESANTÍAS y le ordenó a esta que realizara el traslado al RPM tanto de la relación jurídica de afiliación como del valor de saldos, aportes y rendimientos, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del actor, y a su vez, le ordenó a COLPENSIONES recibir el monto de aportes de la actora, saldos pensionales y rendimientos sin que ello implique

reconocimiento o beneficio del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.

Para arribar a dicha conclusión, hizo alusión a que de conformidad con la línea jurisprudencial de la H. CSJ Sala de Casación Laboral, le asiste a las administradoras pensionales el deber de demostrar que surtió debidamente la información a sus afiliados al momento de su vinculación, situación que PROTECCIÓN S.A no logró en este asunto, por cuanto debió suministrarle la información debidamente documentada a la demandante, y acreditarlo dentro del proceso, en cuanto que se realizó de manera precisa y oportuna. Así mismo expuso que el aquí demandante no es beneficiario del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como que no opera el fenómeno de la prescripción siguiendo la regla de la imprescriptibilidad de los derechos de la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de PROTECCIÓN S.A. apeló por considerar que el hecho de no haberse accedido a la nulidad del traslado pero sí a la ineficacia del acto jurídico, fue por lo que la decisión se tomó de manera ultra y extra petita sin que esa situación hubiese sido advertida, aunado al hecho que de la asesoría brindada a la demandante, si bien era obligación de la AFP demostrar la información correspondiente, también le correspondía al demandante demostrar cuál fue el daño o desventaja causada, más sin embargo sí le era más favorable al actor una pensión de vejez en el RAIS.

A su turno, la apoderada de COLPENSIONES expuso que atendiendo los preceptos jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional, al demandante le es imposible retornar al RPM ya que por su edad no cumple con el requisito de realizar el traslado faltándole menos de diez (10) años para lo pertinente.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 20 de septiembre de 2018 (fl. 119), se cumplió con lo previsto por el numeral 1° 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 causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede o no la nulidad o ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS que en su momento efectuó ante la AFP PROTECCION S.A., conforme a los argumentos expuestos por el Juez de instancia. En caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Pues bien, para resolver la controversia conforme a la orden tutelar es menester precisar que al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 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 servicio 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 14 milita copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 19 de febrero de 1957, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2014, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 04 de mayo de 2017 (fls. 18), es decir, cuando ya había alcanzado la edad requerida para la pensión de vejez 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 con 30 semanas de cotización (fl. 22), 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, lo anterior, 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

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 17 de abril de 1996 (fl. 87), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.

En el contexto decisional que se procede a cumplir, debe precisarse frente al tema y en virtud de la tutela que así lo ordena, la Sala 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 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. 87), plasmado en el formulario de afiliación a 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 PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada PROTECCIÓN omitió en el momento del traslado de régimen (17 de abril de 1999), 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, no en la nulidad del traslado como se solicitó en la demanda, sino precisamente en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, tal y como lo concluyó la Juez A Quo en uso de las facultades ultra y extra petita cuya génesis legal se encuentra en el artículo 50 del Código Sustantivo de Trabajo CST, desde luego, que la causa de la ineficacia sí fueron discutidos y probados en el juicio laboral, de tal manera que no le asiste razón a la AFP recurrente en este puntualísimo aspecto, pues como verificarse el juez además de estar facultado, efectuó y dio aplicación a ello con base en hechos y situaciones discutidas al

interior del proceso, que es otra que la falta al deber de información. Por ello habrá de confirmarse lo allí decidido.

De otro lado, es de precisar que, como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, 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 ordenada en primera instancia, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, 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.

En la misma dirección se debe señalar, que conforme a la sentencia de tutela que se cumple, tampoco es relevante que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados 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 la demandante 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 decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia STL4237-2022 (Rad. 66178) de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 23 de marzo de 2022, de tal modo que se confirmará 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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia, cumpliendo así la orden de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

TERCERO: Por Secretaría remitir de inmediato copia de la presente providencia a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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.



OSVALDO TENORIO CASAÑAS
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

En uso de licencia
DAVID A. CORREA STEER
Magistrado

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA 4 DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: OSVALDO TENORIO CASAÑAS

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por AZUCENA DEL CARMEN ROJAS ORTIZ contra COLPENSIONES y PORVENIR SA Rad. 110013105-031-2017-00720-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta, 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 23 de marzo de 2022 por medio de la sentencia STL4178-2022 (Rad. 66160), la cual deja sin efecto alguno la sentencia del 06 de septiembre de 2018 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 surtirá el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2018, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, a favor de la demandante por el resultado adverso a sus pretensiones en condición de beneficiaria del sistema de seguridad social, supuesto fáctico con el que se cumple el requisito contemplado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora AZUCENA DEL CARMEN ROJAS ORTIZ, promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y como consecuencia de lo anterior, se ordene a la

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, trasladar su saldo de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida. Que, por efecto de ello, se ordene COLPENSIONES recibir su traslado y a mantenerla como afiliada desde el día 30 de marzo de 1990.

Como sustento fáctico a sus pretensiones, relató que nació el día 25 de agosto de 1964, y se afilió al régimen de prima media con prestación definida desde el día 30 de marzo de 1990, pero se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad el día 1º de octubre de 1999, afiliación que realizó ante el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA. Indicó, que para realizar dicha afiliación fue inducida en error, pues nunca se le informó que cuál sería el capital necesario para ser beneficiaria de la pensión de vejez, ni cuáles serían los requisitos que debía cumplir para obtener la garantía de la pensión de vejez, como tampoco se le puso de presente la desmejora en la tasa de reemplazo pensional, al trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Añadió, que tampoco se le suministró información clara y precisa, sobre el cálculo de la posible pensión que le reconocería la AFP PORVENIR SA., ni de las características de las diferentes modalidades de pensión que existen, por lo que, en síntesis, su ingreso al RAIS se dio con desconocimiento de los beneficios o detrimentos que tendría al realizar el cambio entre regímenes. (fls.1-12)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación al libelo genitor con oposición a las pretensiones, al considerar que no hay razón para declarar la nulidad de afiliación de la demandante al RAIS, al estar revestida de validez y legalidad puesto que no se prueba por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad, verbi gracia, los vicios del consentimiento, por el contrario, la demandante confiesa que se afilió de manera voluntaria al RAIS, máxime que duró más de una décadas realizando aportes al Fondo Privado. Propuso como excepciones de fondo, las que denominó: «Prescripción»; «Cobro de lo no debido»; «Buena fe» y «Declaratoria de otras excepciones» (fls. 74-78).

La demandada PORVENIR S.A. FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, al esgrimir que el traslado de la actora se realizó acorde con las estipulaciones vigentes establecidas para la época, aunado a que, no prueba ninguna omisión o engaño, por lo que considera que lo perseguido

por la actora es trasladar la responsabilidad de las decisiones asumidas hacia las entidades de RAIS. Propuso como excepciones de mérito las denominadas: «Prescripción»; «Falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «Buena fe»; «Prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «Enriquecimiento sin causa»; «Innominada o genérica»; «Inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones» y «Debida asesoría del Fondo» (fls.95-103).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 24 de mayo de 2018, el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de las suplicas de la demanda, al considerar que de conformidad con lo dispuesto en el decreto 1642 de 1995, lo que se requería para que la afiliación se reputara válida es la suscripción de un formulario, que debe firmarse de manera libre y voluntaria. Que de acuerdo con el formulario de afiliación que reposa en el plenario a folio 105 y 143, allí se hizo la indicación que la selección y afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, de modo que el consentimiento que emitió la actora, se encontraba libre de vicios, y era de su carga probatoria desvirtuar la manifestación de voluntad que aparece en dichos documentos, es decir, que fue inducida en error y que no tenía información sobre el fondo de pensiones. Razón por la cual, consideró que conforme al principio de la carga de la prueba la demandante no acreditó que su consentimiento estuviera viciado de nulidad. Así mismo señaló, que lo cierto es que la actora no era beneficiaria del régimen de transición porque al 1º de abril de 1994 no tenía 40 años de edad, ni tampoco 750 semanas cotizadas, y esto es relevante, en la medida que para aplicar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de Corte Suprema de Justicia, es menester que los presupuestos sean idénticos o por lo menos similares, lo que no ocurre en este caso.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Procede el estudio de la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 24 de mayo de 2018, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, a favor de la demandante por el resultado adverso este en condición de beneficiario del sistema de seguridad social, supuesto fáctico con el que se cumple el requisito contemplado en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada 06 de septiembre de 2018 (fl. 154), se cumplió con lo previsto por el numeral 1° 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 causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede o no la nulidad o ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS que en su momento efectuó ante la AFP PORVENIR S.A., conforme a los argumentos expuestos por la Juez de instancia. En caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Pues bien, para resolver la controversia conforme a la orden tutelar es menester precisar que al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 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 servicio 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 27 milita copia del Registro Civil de Nacimiento de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 25 de agosto 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 27 de septiembre de 2017 (fls. 61 a 64), es decir cuando le hacían falta menos de 10 años para alcanzar la edad requerida para la pensión de vejez y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 163.26 semanas de cotización (fl. 30), por lo que no se encontraba en la

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 2°, 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".

excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, 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 19 de agosto de 1999 (fl. 105), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR.

En el contexto decisional que se procede a cumplir, debe precisarse frente al tema y en virtud de la tutela que así lo ordena, la Sala 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 PORVENIR 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. 105), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR, 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 PORVENIR S.A.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (19 de agosto de 1999), 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, no en la nulidad del

traslado como se solicitó en la demanda, sino precisamente en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, 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, ello no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

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.

En la misma dirección se debe señalar, que conforme a la sentencia de tutela que se cumple, tampoco es relevante que la actora no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados 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 la demandante cuando se trasladó de régimen.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y, en consecuencia, deberá la AFP PORVENIR S.A., entidad donde se encuentra afiliada actualmente, trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la aquí demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, todo debidamente indexado (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 SL1689-2019 y más reciente CSJ SL5280-2021).

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 decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 23 de marzo de 2022 (STL4178-2022 Rad. 66160), de tal modo que se **revocará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas; mientras que las de primera instancia correrán a cargo de **PORVENIR S.A.**

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 y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia objeto de estudio y, en su lugar, **DECLARAR** la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la **AZUCENA DEL CARMEN ROJAS ORTIZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –

RAIS- ante la **AFP PORVENIR S.A.** el 19 de agosto de 1999; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a **PORVENIR S.A.**, entidad donde se encuentra afiliada actualmente la accionante, trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración y el valor de los seguros previsionales, todo debidamente indexado, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia, cumpliendo así la orden de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-** que acepte el traslado de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron. Las de primera instancia corren a cargo de la accionada PORVENIR S.A.

CUARTO: Por Secretaría remitir de inmediato copia de la presente providencia a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

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.



OSVALDO TENORIO CASAÑAS
Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada

En uso de licencia
DAVID A. CORREA STEER
Magistrado

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