



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por EDGAR SUAREZ OSORIO contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-003-2018-00676-01.

Con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente providencia:

OBJETO DE LA AUDIENCIA

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 PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala a dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral de 18 de marzo de 2020, mediante sentencia STL3199 de 2020, la cual deja sin efecto la sentencia de 29 de octubre de 2019 proferida por esta Sala de Decisión y ordena proferir nueva decisión en los términos expuestos por el Alto Tribunal. En esa medida se revisará la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de julio de 2019 en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS), pero bajo las instrucciones dadas por la Sala de Casación Laboral en la mencionada orden.

ANTECEDENTES

DEMANDA

El señor **EDGAR SUAREZ OSORIO**, pretende que se declare que PORVENIR S.A., lo asesoró equivocadamente al afiliarlo y trasladándolo del ISS. Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad de la afiliación suscrita y se ordene el traslado a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en dicha entidad y activarlo en el sistema como su afiliado. **Como pretensiones subsidiarias**, solicitó que en caso de no conceder la nulidad de la afiliación al RAIS,

se sirva condenar a PORVENIR S.A., a pagar una mesada pensional de vejez igual o equivalente a la que hubiese recibido en COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 10 de agosto de 1954, que inició su vida laboral cotizando en el ISS en donde alcanzó un total de 870 semanas y en toda su vida laboral ha cotizado 1.578. Señaló que el 1º de mayo de 2004 se trasladó a PORVENIR S.A. como consecuencia de la asesoría efectuada por dicho fondo, la cual se basó en ofrecerle que iba a tener una mesada más alta, que el ISS se iba a liquidar y que las cotizaciones se iban a perder, en ese momento tenía 49 años y luego de afiliarse debía permanecer 5 años en el nuevo régimen, con el termino de permanencia y su edad le fue restringida la posibilidad de devolverse a COLPENSIONES dado que cuando cumpliera la permanencia él se encontraría a menos de 10 años para acceder a la edad de pensión. Indicó que la AFP tenía toda su historia laboral y aun así, no realizó ningún estudio de la pensión probable; tampoco indicó la posibilidad de trasladarse. En mayo de 2018 se acercó a PORVENIR para una simulación pensional y le informaron que tenía 687 semanas y una pensión de \$1.540.000, razón por la cual presentó derecho de petición informando los tiempos que no se reflejaban en la historia laboral y le informan que dicho tiempo corresponde al bono pensional y le adjuntan una nueva proyección de la mesada pensional por un valor de \$1.791.400 la que en COLPENSIONES sería considerablemente superior (fs. 3 a 12).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones incoadas, argumentando que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y todas las actuaciones de la entidad son acorde a derecho. Formuló como excepciones «prescripción y caducidad»; «cobro de lo no debido»; «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones» (fs.71 a 74).

La **AFP PORVENIR S.A** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que no se asesoró equivocadamente al demandante en razón a que la afiliación no se realizó en contra de una obligación legal, al contrario, la afiliación se realizó dando cumplimiento a todos los lineamientos legales establecidos para la protección de dichos actos jurídicos. Por otro lado, señaló que resulta extraño que después de 14 años de haberse trasladado aduzca que no se cumplieron los requisitos. Propuso como excepciones «prescripción»; «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «buena fe»; «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (fs.94 a 102).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 3 de julio del 2019, declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPM al RAIS administrado por PORVENIR S.A. efectuado el 26 de marzo de 2004 y con efectividad a partir del 01 de mayo del mismo año, para entender vinculado al demandante en forma válida al RPM administrado por Colpensiones. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias o voluntarias en el evento que hubiera saldos a favor, bonos pensionales en caso de existir, y todos los rendimientos financieros; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de esos dineros provenientes de PORVENIR S.A. para que proceda a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiese traslado del RPM, de igual manera a que una vez ingresen esos valores por cuenta de PORVENIR S.A. actualice la información y la historia laboral del demandante, en semanas cotizadas, y declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que la demandada PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que al momento de la afiliación del actor suministró la información suficiente, para que éste tomara una decisión adecuada.

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 conforme a la orden tutelar, es menester precisar, 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 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.

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

Así las cosas, a folio 17 milita copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 10 de agosto de 1954, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante COLPENSIONES el 4 de octubre del 2018 (fl. 43), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados 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 511.43 semanas de cotización (fl. 107) equivalentes a 9 años, 11 meses y 10 días, 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, con fundamento en la ausencia del suministro de información, pretende el actor a efectos de continuar válidamente vinculado al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 26 de marzo del 2004 (fls. 104 y 105), específicamente, y conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la tutela que se procede a cumplir, 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 integra al interesado, 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 aspectos relevantes. En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de

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”.

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 para ello que 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 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 al fondo accionado, en este caso 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 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 al demandante, en los términos aquí referidos y al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a este, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 104), plasmado en el formulario de afiliación a 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 PORVENIR S.A.

Así las cosas, concluye esta Sala de decisión que la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (26 de marzo del 2004, fl. 104), 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 ya señalado ello deriva 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 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, advirtiendo en todo caso, que tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario 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 al 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 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 el contexto decisonal de esta decisión y la prescripción 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.

En ese sentido, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia STL3199-2020, 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 objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el artículo 40 y literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS, en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem. Sin perjuicio de lo anterior, se remitirá por Secretaría a los siguientes correos electrónicos que aparecen en el expediente la sentencia que se acaba de proferir: edgarsuarezo@yahoo.es, monicaliliana_84@hotmail.com, uniontemporaladnr@gmail.com, procesos@defensajuridica.gov.co, notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y notificacionesjudiciales@porvenir.com.co.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintiséis (26) de junio de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por BERTHA MARLENE BELTRAN PRIETO contra COLPENSIONES y PROTECCION S.A. Rad. 110013105-037-2018-00379-01.

En Bogotá D.C., en la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., y previa la deliberación correspondiente, aprobó el proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, por lo que procede dictar la siguiente sentencia de segunda instancia.

OBJETO DE LA AUDIENCIA

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 PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala a dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral el 18 de marzo de 2020 sentencia STL-3432 de 2020, notificada por correo electrónico el 18 de mayo de 2020, la cual, dejó sin efecto la sentencia de 27 de agosto de 2019, proferida por esta Sala de Decisión y ordenó proferir nueva decisión en los términos expuestos por el Alto Tribunal. En esa medida se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de mayo de 2019. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

DEMANDA

La señora **BERTHA MARLENE BELTRAN PRIETO**, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional realizado al RAIS a través de la afiliación realizada a PROTECCION S.A. Como consecuencia de lo anterior, que se ordene el ingreso automático a Colpensiones con efectos desde el 25 de noviembre de 1994, y que se traslade a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones, indexación,

bonos pensionales, sumas adicionales, rendimientos, frutos e intereses a que hubiere lugar.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 03 de marzo de 1964, que se afilió al ISS desde el 03 de marzo de 1992. Informa que el 25 de noviembre de 1994 se afilió a la AFP PROTECCION S.A., sin que le advirtieran sobre las consecuencias económicas, pues no le informaron de forma detallada, clara y expresa las ventajas y desventajas de uno u otro régimen, motivo por el cual su traslado no fue libre y voluntario. Finalmente advierte que cuenta con 1.324.43 semanas cotizadas, pero que al momento en que la AFP le realizó la proyección pensional su mesada sería la de un salario mínimo, mientras que en Colpensiones la proyección pensional arrojó un total de \$4'640.084, siendo una diferencia del 500%, situación que jamás le fue informada al momento de trasladarse (fls. 2 a 10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentando que la afiliación de la demandante goza de plena validez al no existir error, fuerza o dolo, motivo por el cual no procede la declaratoria de la ineficacia, toda vez que las causales de nulidad son taxativas y estas deben ser probadas. Como excepciones propuso el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (Fls. 50 a 55).

La AFP PROTECCIÓN S.A contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante se fundamenta en el supuesto engaño u omisión de información ocurrida 24 años atrás como un medio para devolverse a Colpensiones ante la imposibilidad legal de hacerlo en estos momentos, toda vez que no cumple con los requisitos exigidos para poder trasladarse. Alega que solo después de 24 años la demandante se percató que fue víctima de un supuesto engaño por omisión de información o por ofrecimientos que no corresponden a la realidad, y que el simple paso del tiempo purga, prescribe y extingue la nulidad que procura, pues durante su permanencia nunca había manifestado inconformidades o inquietudes sobre tales hechos. Propuso como excepciones la inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, y la genérica (Fls. 61 a 67).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de mayo del 2019, declaró la ineficacia del traslado del RPM al de RAIS, efectuado por la demandante el día 25 de noviembre de 1994. Como consecuencia de lo anterior, condenó a PROTECCION S.A transferir la totalidad de los valores contenidos en su cuenta, además de condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen y aceptar todos los valores que le sean remitidos por la AFP privada.

Para arribar a la anterior decisión, en conclusión adujo que aun si la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, a quien le corresponde la carga de la prueba es a la administradora que realizó el trámite de traslado pensional, por lo que era menester demostrar que existió un debido consentimiento informado, que el simple formulario de afiliación no es prueba suficiente para manifestar que dicho contrato se suscribió de forma libre y voluntaria, y que ni siquiera la demandada Protección S.A. allegó prueba distinta al documento referido en donde se demuestre que efectivamente se le realizó una debida asesoría o se le brindó la suficiente información a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia proferida, la apoderada de la demandada **COLPENSIONES** sustentó el recurso de apelación señalando que las causales de nulidad se encuentran taxativamente en la Ley, y que ninguna de ellas se probó por parte de la demandante, y, aun así, el material probatorio recaudado no permite concluir que existieron vicios en el consentimiento o falta de información. Por otro lado, adujo que la ignorancia de la Ley no es excusa, y que no es lo mismo no recordar lo que se le dijo hace 20 años a afirmar ahora que no se le informó, lo cual permite concluir que la demandante está alegando su propia culpa para beneficiarse de esa incuria, pues la demandante contaba con 30 años de edad al momento del traslado, es decir que tenía plena capacidad para efectuar tal acto jurídico, por lo que tiene objeto y causa lícita. Asegura que la AFP cumplió con su carga probatoria aportando la documental visible en el plenario, la cual no fue tachada de falsa y goza de presunción de legalidad, evidenciando una asesoría eficiente, eficaz y oportuna, pues la demandante no desconocía la incidencia de su decisión frente a sus derechos prestacionales y que no le ocasionarían perjuicio porque ni siquiera es beneficiaria del régimen de transición y no ha solicitado un reconocimiento pensional ante la AFP privada, por ende no se está sacrificando su derecho a la seguridad social basado en una simulación que obedece a factores variables. Por otro lado, adujo que, de configurarse una nulidad sería de carácter relativo, la cual se sana con el

transcurso del tiempo, más aún cuando el descontento es por el monto que la demandante recibiría en el RAIS, más no porque la AFP faltara al reconocimiento de su pensión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar, dando alcance a las materia objeto del recurso de apelación formulado, si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva. En esos términos también queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los términos que se dejaron consignados.

CONSIDERACIONES

Pues bien, para resolver la controversia conforme a la orden tutelar, es menester precisar, 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 12 copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 03 de julio de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 03 de julio de 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante PROTECCIÓN S.A. el 11 de abril de 2018 (fls. 26 a 29), es decir cuando le faltaban menos de 10 años para alcanzar 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 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 108,29 semanas de cotización, (fol. 13 y 14) equivalentes a un poco más de 2 años, 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.

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".

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 al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 25 de noviembre de 1994 (Fl. 16), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la tutela que se procede a cumplir, 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 íntegra 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 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, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de 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 al 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, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 16), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., 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 PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (25 de noviembre de 1994, fl. 16), 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, 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, advirtiéndolo en todo caso, que tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a 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 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.

En ese sentido, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la CSJ SCL del 06 de mayo de 2020 (rad. No. 59356), 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 objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem. Sin perjuicio de lo anterior, se remitirá por Secretaría a los siguientes correos electrónicos que aparecen en el expediente la sentencia que se acaba de proferir: carolinarroa@gmail.com, marlenbp_03@yahoo.com, cayocamargo@hotmail.com, secretariageneral@mejiayasociadosabogados, procesos@defensajuridica.gov.co, notificacionesjudiciales@colpensiones.gov.co y notificacionesjudiciales@porvenir.com.co.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Rodolfo Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado