



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GLADYS ALBA BAQUERO VIZCAINO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONE Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Rad. 110013105-021-2016-00346-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 del 05 de junio de 2020, procede la Sala a dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral identificada STL-4597 de 2020, la cual deja sin efecto alguno la sentencia de 05 de abril de 2018 proferida por la Sala Quinta de Decisión de este Tribunal y ordenó proferir nueva decisión en los términos expuestos por el Alto Tribunal.

En esa medida se resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES en contra de la sentencia proferida el 29 de agosto de 2017 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá. Igualmente, el proveído se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES por ser el Estado garante de las obligaciones pensionales que administra la Nación 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

La señora **GLADYS ALBA BAQUERO VIZCAINO**, pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS que en su momento suscribió con la AFP

SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. pues manifiesta que al momento de dicho traslado la AFP no le suministró la información completa y comprensible respecto de su traslado, así como que le sean trasladados sus aportes junto con sus rendimientos a COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que se afilió al RPM administrado por el antiguo ISS el 31 de enero de 1985 cotizando 580.86 semanas previo traslado al RAIS el cual se produjo el 17 de agosto de 2000 ante PROTECCIÓN S.A. En virtud de ello precisa que al momento del traslado al RAIS el funcionario de la AFP no le brindó la información suficiente entre uno y otro régimen en lo referente al monto de la mesada pensional, las modalidades pensionales, ventajas de traslado al RAIS, aunado al hecho que en la actualidad cuenta con más de 1.410 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (fls. 4 a 29).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra. Para ello precisó que a la demandante no le asiste ningún derecho por cuanto la solicitud de traslado de régimen la elevó faltándole menos de 10 años para cumplir el estatus de pensionada conforme lo establece el art. 2º de la Ley 797 de 2003. Formuló las **excepciones** denominadas «inexistencia de la obligación», «buena fe» y «prescripción» (fls.57 a 64).

PROTECCIÓN S.A. igualmente contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones e indicando para lo pertinente que en su momento la actora suscribió la afiliación en el RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones donde no obra situación anómala o constreñimiento alguno, aunado a que los asesores de la AFP se encuentran en la obligación de suministrar a los potenciales afiliados información clara y suficiente para adoptar la decisión de trasladarse. Formuló las excepciones de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP», «incumplimiento de los requisitos establecidos en el Decreto 1382 de 2003 en concordancia con el Decreto 3995 de 2008», «aplicación del art. 7º del Decreto 3995 de 2008», «inexistencia de las obligaciones reclamadas frente al fondo de pensiones demandado», «buena fe por parte de la demandada» y «prescripción» (fls. 103 a 121).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el día 29 de agosto de 2017 declaró la nulidad de traslado de régimen pensional de la actora

del RAIS al RPM, ordenando además a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

Para arribar a dicha conclusión, manifestó que atendiendo la posición de la H. Corte Suprema de Justicia se ha establecido que la desinformación constituye motivo suficiente para invalidar la afiliación de cambio de régimen, ya que es obligación del fondo de pensiones proporcionar lo pertinente, presupuesto que PROTECCIÓN S.A. no demostró dentro del presente asunto, más aún si se tiene en cuenta que la misma representante legal de la AFP en el interrogatorio de parte a ella practicado manifestó que a parte de la afiliación suscrita no existe otra documental que demuestre que a la actora le fue suministrada toda la información concerniente al asesoramiento sobre todos los aspectos que conforma el RAIS, sino que por el contrario toda la información se realizó de manera verbal.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de PROTECCIÓN S.A. apeló la sentencia para lo cual indicó que si bien es cierto que la representante legal de su representada afirmó en el interrogatorio de parte que no existía un soporte sobre la información que se le brindó, para la época en que la demandante se afilió no existía tal exigencia, pero a pesar de ello sí se le brindó la información específica y verás de lo que implicaba el traslado del RPM al RAIS, tan es así que la afiliación de la actora se produjo en el año 2000 y sólo hasta el 2007 fue que vino a elevar solicitud de retorno de régimen, máxime si se tiene en cuenta que tuvo la oportunidad de retractarse respecto de la afiliación pero tal actuar no lo llevó a cabo.

A su turno, COLPENSIONES también apeló la decisión exponiendo que no existe una prueba fehaciente en la que se acredite algún vicio del consentimiento toda vez que del testimonio de la señora CLEMENCIA GARZÓN PERILLA existe una serie de inconsistencias que no permiten saber a ciencia cierta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos para el momento en que se realizó el traslado a la antigua AFP SANTANDER hoy en día PROTECCIÓN, al igual que la suscripción de la afiliación realizada por la actora fue de manera espontánea y sin presiones.

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 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.

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 20 copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 16 de agosto de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 16 de agosto de 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES respectivamente, el 25 de abril de 2016 (fls. 31 a 37), 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 203.85 semanas de cotización, (fl. 28) equivalentes a un poco más de 4 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.

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 10 de agosto de 2000 (fl. 122), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP SANTANDER hoy en

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”.

día 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 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 que se cumple, 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 hacía 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, 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. 122), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP SANTANDER (hoy PROTECCIÓN S.A.), 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 S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (10 de agosto de 2.000, fl. 122), 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 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, que conforme a la sentencia de tutela que se cumple, 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 decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Con este sentido y preciso alcance, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la CSJ SCL STL4597-2020 del 10 de julio de 2020 (rad. No. 59818), y en virtud de lo discurrido es que de tal modo se ha de modificar la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR en ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte demandante ante lo motivado.

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.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



DAVID A.J. CORREA STEER
Magistrado



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Dos (02) de septiembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JULIO EDUARDO BERNAL GALVIS contra COLPENSIONES Y PROTECCION S.A Rad. 110013105-031-2018-00538-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11567 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 29 de julio de 2020 sentencia STL-5016 de 2020, la cual deja sin efecto alguno la sentencia de 21 de enero de 2020, proferida por la Sala Cuarta de Decisión de este Tribunal 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 judicial del demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 8 de mayo de 2019.

ANTECEDENTES

El señor **JULIO EDUARDO BERNAL GALVIS**, pretende se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado a la AFP Porvenir S.A el día 24 de octubre de 1997 y como consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A a entregar o restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, ordenando a Colpensiones a recibirlo como afiliado y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas al RAIS, derechos *ultra y extra petita*, costas y gastos del proceso o en subsidio se declare la ineficacia o inoperancia del traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que estuvo afiliado al ISS desde el 03 de agosto de 1981 hasta el 24 de octubre de 1997, fecha en la cual se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., pero no de manera libre y voluntaria, ya que no le realizaron proyecciones futuras de su pensión, ni fue informado sobre las implicaciones de sus derechos pensionales al momento del traslado, o sobre las diferencias de uno u otro régimen, tampoco sobre las ventajas, desventajas, que no se le asesoró respecto al régimen pensional que más le convenía, así como tampoco se le informó sobre la tasa de reemplazo, aun cuando la AFP la responsabilidad de brindar una asesoraría de manera eficiente, eficaz, oportuna sobre el traslado. Afirma que, posteriormente el 17 de marzo de 2013 se afilió a la AFP Colfondos S.A y que mediante solicitud No. 2018_10754616 solicitó ante Colpensiones tener como ilegal, nulo o ineficaz el traslado efectuado, la cual fue negada (Fls. 3 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, al considerar que el traslado realizado por el demandante a l AFP Provenir S.A el 24 de octubre de 1997 se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el art. 13 literal b de la Ley 100 de 1993, sino plenamente válido. Aunado a ello, señaló que conforme a lo establecido en el art. 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e del art. 13 de la Ley 100 de 1993, el actor no se encuentra dentro del límite temporal allí consagrado para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, como quiera que en la actualidad cuenta con 62 años de edad. Propuso como excepciones «prescripción y caducidad»; «declaratoria de otras excepciones»; «cobro de lo no debido»; e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (Fls. 80 a 84).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a las pretensiones formuladas e indicó que la afiliación realizada por el demandante no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado al momento del surgimiento del acto jurídico de vinculación a la AFP; pues por el contrario estaban dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen efectuado por el demandante. De igual manera, indicó que la información suministrada al demandante se encontraba acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia; por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido dicha entidad y siendo ello así, es claro que el demandante tomó una

decisión informada y consciente, pues en señal de ello suscribió el formulario de vinculación al RAIS, manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación, como quiera que su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Formuló 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» (Fls. 92 a 100).

La **AFP COLFONDOS S.A** también en oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, contestó argumentando que la afiliación realizada por el demandante es plenamente válida como quiera que se efectuó con el cumplimiento de todos los requisitos legales, pues no existe vicio del consentimiento alguno. Propuso como excepciones «validez de la afiliación a Colfondos»; «buena fe»; «inexistencia de vicio del consentimiento por error en derecho»; prescripción»; e «innominada o genérica» (Fls. 128 a 134).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 8 de mayo de 2019, absolvió de las pretensiones incoadas por el demandante a las demandadas administradora de pensiones Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A.; así mismo, dispuso condenar en costas y agencias en derecho al demandante en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró que en el acto jurídico que contempló el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, no hubo lugar a ningún vicio en el consentimiento y dado que el actor se trasladó en diferentes ocasiones a distintas AFP se dio por cierto el cumplimiento del deber de información por parte de las AFP.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación, aduciendo que el juez de primera instancia tomó como cierto el hecho afirmado por las demandadas de haber cumplido con el deber de información con la simple firma del formulario de afiliación sin que obre prueba alguna en el expediente que lo soporte. Adujo también que se desconoció el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral, el cual sostiene que las AFP desde su creación tienen el deber de información para con sus afiliados o usuarios del sistema y que la simple firma del formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado el

cumplimiento del deber de información, además afirma que los traslados realizados entre AFP y el tiempo en el que el demandante ha permanecido en el RAIS no pueden ser argumentos que configuren la voluntad éste. Finalmente expresa que de acuerdo al precedente judicial la carga de la prueba frente a la demostración del cumplimiento del deber de información recae sobre las AFP.

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 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.

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 47 copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 7 de diciembre de 1956, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 16 de agosto de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 30 de agosto de 2.016 (fls. 48 a 51), es decir, cuando ya había alcanzado 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 575.15 semanas de cotización (fls. 52 a 56 y 136 a 138), equivalentes a un poco más de 11 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 24 de octubre de 1997 (fls.102), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy en día PORVENIR S.A.

En este contexto, 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 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 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 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. 122), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR 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 PORVENIR S.A.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (24 de octubre de 1997, fl. 102), 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, 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, que conforme a la sentencia de tutela que se cumple, no tiene incidencia alguna que el demandante no sea beneficiario 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.

De igual forma, es menester precisar, el hecho de que el actor hubiese efectuado varios traslados entre AFP, no conlleva a que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS, máxime si se tiene en cuenta que si bien se trató de traslados los mismos fueron dentro del mismo régimen de ahorro individual (fl. 104 Historial de Vinculaciones - SIAF), situación que por demás no es ni fue objeto de litigio.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando el demandante debidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP COLFONDOS S.A. (fondo en el que se encuentra afiliado el actor fls. 135 y 139 a 149), trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración, 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 – (Ver sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL9464-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y más reciente SL1689-2019 del 08 de mayo de 2019).

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que 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 decisonal 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 y con este alcance, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la CSJ SCL STL5016-2020 del 29 de julio de 2020 (rad. No. 60056), de tal modo que se **REVOCARÁ** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas, las de primera instancia correrán a cargo de la accionadas PORVENIR Y COLFONDOS.

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 proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el día 08 de mayo de 2019 y en su lugar, se declara la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por el señor **JULIO EDUARDO BERNAL GALVIS** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A.; y como consecuencia de ello, se ordena a **COLFONDOS S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–** todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, incluidos los gastos de administración, conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia.

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

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de las **AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.**

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.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia se termina y firma después de leída y aprobada por quienes en ella intervinieron.

Se remite notificación virtual sin la firma original en virtud del estado de emergencia sanitaria y lo dispuesto en el Acuerdo PCSJA20-11521 del 19 de marzo del 2020.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO F. GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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