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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OLGA LUCY BALLEN GARZON contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A Rad. 110013105-039-2018-00235-01.

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 a dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral el 03 de marzo de 2021 sentencia STL2213-2021 (Rad. 62264), la cual deja sin efecto alguno la sentencia de 24 de septiembre de 2019 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 dirección, se resolverán los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las entidades demandadas en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de agosto de 2019. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **OLGA LUCY BALLEN GARZON**, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado al RAIS a través de la afiliación realizada a PORVENIR S.A, el 28 de junio de 1999; así mismo, solicitó que se ordene a COLPENSIONES y PORVENIR, realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular el traslado de régimen. Como consecuencia de lo anterior, se ordené a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentre depositados en la cuenta de ahorro individual, y a esta última a recibir sin solución de continuidad

a la demandante y una vez reciba los aporte, proceda a corregir y actualizar la historia laboral y que se tenga como única afiliación valida la efectuada al ISS en 22 de enero de 1985.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 20 de septiembre de 1963, que se afilió al ISS el 22 de enero de 1985. Indicó que el 28 de junio de 1999 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR, afiliación que, a pesar de su apariencia libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo, por lo que no existe tal consentimiento; señaló que desde esa fecha a abril de 2018 ha cotizado al régimen un total de 869 semanas, es decir que en total ha cotizado 1360 semanas. Adujó que era obligación de la AFP informar sobre el año de gracia concedido en la ley 797 de 2003, debió informar antes del 20 de septiembre de 2010, sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión; lo único que informaron más adelante fue que la pensión en el RAIS para el año 2020 sería de $737.717, sin embargo en el RPM sería de $1.496.364. finalmente señaló elevó derecho de petición a PORVENIR y COLPENSIONES, solicitando la nulidad de la afiliación (fls. 2 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda, argumentando que el traslado realizado por la demandante fue con su consentimiento libre de coacción o presión, voluntario, y tal como rezan las reglas de la sana critica, una persona consiente no se obliga a suscribir un contrato que lo perjudique, razones para inferir que el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho. Propuso como excepciones «inexistencia del derecho para regresar al RPM»; «caducidad»; «la prescripción»; «inexistencia de causal de nulidad»; «No procedencia al pago de costas» e «innominada o genérica» (Fls.79 a 89).

La **AFP PORVENIR S.A** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones, para la cual argumentó que a la demandante sí se le brindó la información suficiente por parte de los asesores al momento de la afiliación y su traslado estuvo precedido de una decisión libre e informada, ya que sí contaba con suficiente información para pensionarse en el RAIS, además de señalar que su profesión es la de Ingeniera Catastral, lo que quiere decir que cuenta con una formación profesional que le permite tener conocimiento y certeza sobre regímenes pensionales. Formuló como excepciones las de «prescripción»; «falta de causa para

pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas»; «buena fe»; «prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo»; «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (Fls.91 a 103).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 2 de agosto de 2019, declaró que el traslado del RPM al RAIS efectuado el 01 de agosto de 1999 a través de la administradora PORVENIR S.A., es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico. Como consecuencia de lo anterior, condenó a PORVENIR a transferir todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos y comisiones por administración con destino al RPM administrado por Colpensiones; ordenó a COLPENSIONES a que active los mencionados dineros y reactive de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPM sin solución de continuidad y declaró no probadas las excepciones propuestas.

Para arribar a la anterior, en conclusión, adujo que en lo correspondiente a que la decisión sea libre y voluntaria, en estos casos solo se entenderá de esta forma cuando la firma del formulario de afiliación haya sido antecedida de una explicación, detallada y completa de la decisión. Que le corresponde a la AFP demostrar que efectivamente se le brindo la información necesaria, completa, comparada y suficiente. De acuerdo a lo anterior y el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte de la demandante, se tuvo que fue usada una preforma por parte de PORVENIR en donde hay datos básicos de la demandante, sin embargo no indica cual fue la asesoría recibida y más cuando en letra pequeña acepta y firma que se le brindó la información, sin embargo, tal recuadro y la información falsa sobre el ISS y que se podía pensionar antes no fue precisa, es decir, que no cumple con el requisito de ser comprensible y suficiente como para inferir que el demandante tomó una decisión libre y voluntaria; aclarando que la obligación del deber de información debía ser individualizada y detallada, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al posible afiliado y no de manera general como ocurrió en este caso; por ende, debía declararse ineficaz la afiliación a PORVENIR efectuada 01 de agosto de 1999, así como todas las afiliaciones posteriores realizadas al interior del RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR, al estar inconforme con la decisión presentó y sustentó el recurso de apelación, señalando que es evidente que no se ha

afectado un acto voluntario y libre del traslado del RPM al RAIS realizado por la demandante, porque con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, ya que al momento de la afiliación la demandante no había adquirido derecho alguno y su consentimiento fue voluntario y libre de apremio, máxime cuando no era beneficiaria del régimen de transición. Por otro lado, manifestó que llama la atención que de acuerdo a las respuestas dadas en el interrogatorio de parte, la razón de su traslado era porque el ISS se iba a acabar para el año 1999, recordando que solo hasta el 2012 se liquidó el ISS y que tan solo hasta esa fecha COLPENSIONES asumió a sus afiliados, noticia de público conocimiento, de modo que la demandante omitió el sumo cuidado al ser negligente, pues no averiguó por un tema tan importante como su futuro pensional y únicamente aceptó una asesoría de 20 minutos, sin exigir una asesoría completa posteriormente, inexistiendo así, un vicio en el consentimiento ya que su afiliación la realizó de manera libre y voluntaria. Por otro lado, indicó que la condena relacionada con los gastos de administración y las costas, genera un detrimento patrimonial, impone una carga a las AFP que realizaron su gestión fiduciaria de buena fe; por lo cual, solicita se revise este tema y se absuelva a PORVENIR de todas las pretensiones incoadas en su contra.

El apoderado de la demandada COLPENSIONES sustentó el recurso de apelación interpuesto, argumentando que quedó demostrado que COLPENSIONES nunca intervino en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y PORVENIR; igualmente siempre actuó de buena fe, ya que el litigio verso sobre una mala práctica del fondo, es decir, es este quien debe reconocer la prestación. Por otro lado, solicitó no sea condenado en costas Colpensiones, pues la razón de ser de apelar el fallo no es de forma caprichosa, sino que corresponde única y exclusivamente a prever los perjuicios que podría llegar a resultar al momento de reconocer la pensión al demandante. Por último, indicó que en caso de que la decisión sea confirmada, COLPENSIONES quede autorizada para realizar actuaciones legales en contra del fondo si llegase a verse perjudicada por diferencias al momento de ser reconocida la prestación.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 24 de septiembre de 2019 (fl. 153), 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 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 es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003, que 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 2002[1].

Así las cosas, a folio 28 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 20 de septiembre de 1963, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2.020, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 04 de abril de 2018 (fls. 55 a 66), 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 y/o tenía el equivalente a 460,71 semanas cotizadas al ISS (fl. .86), 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

[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".

proceso, acaeció el 28 de junio de 1999 (Fl.105), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR 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 de Casación 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 hacía el fondo accionado AFP 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 AFP PORVENIR S.A. Desde luego que, del interrogatorio de parte no puede extraerse que se le haya brindado la información necesaria y la de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

Así las cosas, conforme a la sentencia de tutela, la AFP demandada PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen (28 de junio de 1999, fol. 105), 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, 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 de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, 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).

En la misma dirección se debe señalar, que conforme a la sentencia de tutela que se cumple, no tiene incidencia alguna que la demandante sea o no beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios 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.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, en este caso la elevada contra la parte accionada, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultó vencida en estricto sentido la AFP PORVENIR S.A., por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, por tal motivo se confirma la decisión en este aparte de la sentencia.

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 03 de marzo de 2021 (Rad. 62264, 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

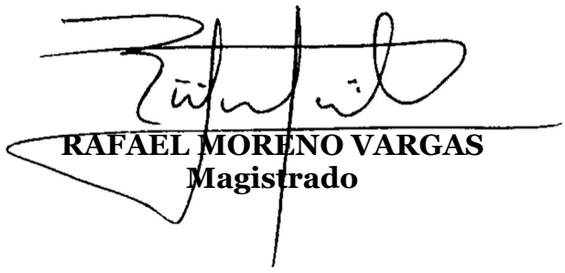
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

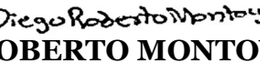
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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 reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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