El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia

Radicación No: 66001-31-05-003-2016-00228-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Rubiela Castañeda Carvajal

Demandado: Colpensiones y Colfondos S.A.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.

**TEMAS: INEFICACIA DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL / BENEFICIARIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN / CARGA PROBATORIA RADICA EN LA AFP.**

… la señora Rubiela Castañeda Carvajal es beneficiaria del régimen de transición por edad y por tiempo de servicios, sin que se haya visto afectada con la expedición del acto legislativo 01 de 2005, dada la densidad de cotizaciones señalada.

En consecuencia, no existe dubitación en cuanto a su calidad de beneficiaria del régimen de transición y por ende, de su legitimación para incoar la ineficacia del traslado al RAIS, figura jurídica que es la procedente cuando el afiliado ostenta tal calidad. (…)

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) señala que la escogencia de cualquiera de los regímenes contemplados es libre y voluntaria por parte del afiliado; consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación, la que podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea el trabajador.

De acuerdo con esa norma, se itera, esta Sala con base en la jurisprudencia inicial de la SCL de la CSJ, ha sostenido que cuando se trata de afiliados beneficiarios del régimen de transición, el solo hecho de perder tal prerrogativa ante el traslado, constituye en sí mismo el indicio de la omisión y por ende, de la falta de información necesaria, al generar al posible pensionado un detrimento, al ver frustrada la posibilidad del reconocimiento de la prestación con sujeción a las normas anteriores, que le resultan más favorables, por lo que en ese entendido se ha puntualizado que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP, a quien le corresponde acreditar que el traslado estuvo precedido de suficiente información respecto de la pérdida de dicho régimen y las consecuencias de ello.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los veintidós (22) días del mes de enero de dos mil diecinueve (2019), siendo las ocho y treinta minutos de la mañana (08:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación interpuesto respecto de la sentencia proferida el 03 de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Rubiela Castañeda Carvajal** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** y **Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías,** radicado al N° 66001-31-05-003-2016-00228-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado: Demandadas y sus apoderados:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

La señora Rubiela Castañeda Carvajal solicita que se declare: (i) la nulidad del traslado que efectuó del régimen de prima media al RAIS, por intermedio de Colfondos S.A. por existir vicios del consentimiento; (ii) válida, vigente y sin solución de continuidad su afiliación a Colpensiones; (iii) que no perdió el régimen de transición previsto en la Ley 100/93; (iv) que reúne los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez.

Fundamenta sus aspiraciones en que: (i) nació el 25/10/1954, por lo que al 01/04/1994 tenía más de 35 años de edad; (ii) se afilió al ISS el 01/10/1977; (iii) laboró para el Instituto Nacional para Ciegos desde el 01/06/1979 y hasta el 30/06/1997.

(iv) El 15/03/1999 su empleador suscribió sin su consentimiento formulario de afiliación a Citi Colfondos –hoy Colfondos S.A.-; (v) no se le suministró información relacionada con la edad mínima para pensionarse o e IBC con el que debía cotizar, tampoco respecto a las consecuencias legales y económicas que tendría por su cambio de régimen, específicamente, de la pérdida del régimen de transición.

(vi) Cotizó al RAIS un total de 925,71 y al 25/07/2005 –sic- acredita más de 750 semanas de cotización; (vii) en toda su vida laboral cotizó 1.727,27 semanas.

(viii) El 12/01/2015 solicitó a Colfondos el traslado de régimen, pero le fue negado mediante oficio del 15 de enero siguiente; similar petición elevó el 23/12/2015 a Colpensiones y le fue resuelta de manera desfavorable el 05/01/2016.

La **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES-,** se opuso a la pretensión acerca de la declaratoria de beneficiaria del régimen de transición, frente a las demás no se opuso por no estar dirigidas en su contra y/o acogerse a lo decidido por el Despacho y como razones de defensa indicó que el traslado al RAIS es válido y que le asiste la carga de probar los vicios del consentimiento que aduce en la demanda. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación demandada” y las “Genéricas”.

Por su parte, **Colfondos Pensiones y Cesantías S.A**, se opuso a los pedimentos de la demanda al considerar que el acto de afiliación de la actora al RAIS fue completamente válido y eficaz desde el punto de vista legal, dado que suscribió de una manera libre y espontánea el formulario respectivo, no hizo uso del derecho de retracto establecido en el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y además ha convalidado dicho traslado con la realización de aportes al RAIS durante más de 17 años. Finalmente, señala que no se está en presencia de ningún vicio del consentimiento o por lo menos no se logró probar.

Interpuso como excepciones de mérito las que denominó “Validez de la afiliación a Colfondos e Inexistencia de vicios en el consentimiento”, “Caducidad de la acción”, “Prescripción”, “Buena fe” y la “Innominada o genérica”.

1. **Síntesis de la sentencia apelada**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante el 15/03/1999; en consecuencia, declaró válida y eficaz la afiliación al RPM y ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones los saldos de la cuenta individual. Finalmente, ordenó a esta última a reactivar la afiliación de la actora. Condenó en costas a Colfondos S.A. y se abstuvo de hacerlo en contra de Colpensiones.

Para arribar a las anteriores conclusiones, indicó que la actora fundó sus pretensiones en dos aspectos, el primero en que la afiliación al RAIS no provino de su voluntad sino de su empleador; situación que no probó toda vez que con del formulario de afiliación se aprecia que fue suscrito por ella y así mismo lo admitió en el interrogatorio de parte.

En cuanto al segundo, la falta de información, el fondo privado demandado no probó que hubiera cumplido con el deber de advertirle acerca de las consecuencias que traía ese traslado, en cuanto al régimen de transición derivado de la edad, pues lo perdía y que como consecuencia de ello, también la oportunidad de que se le aplicaran las normas anteriores para acceder a la pensión de vejez.

1. **Recurso de Apelación**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado judicial de Colfondos S.A. la recurrió y argumentó que la decisión se apoyó en jurisprudencia relacionada con afiliados beneficiarios del régimen de transición y además le impuso cargas a Colfondos que supuestamente debió ejecutar al momento del traslado -año 1999- que para ese entonces no existían, ni mucho menos se encontraban estipuladas en la ley o la jurisprudencia.

Aduce que con la firma estampada por la demandante en el formulario de traslado reconoce que recibió toda la información no solo relacionada con el RAIS sino también con el RPM; por último, expresa que la a-quo omitió que la parte demandante ha realizado cotizaciones durante casi 20 años al RAIS bajo la convicción firme y real de estar afiliada a ese régimen y que no existió ningún error a que haya inducido por parte de Colfondos.

**CONSIDERACIONES**

1. **De los problemas jurídicos**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

* 1. ¿La señora Rubiela Castañeda Carvajal es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993 y por tanto, se encuentra legitimada para solicitar la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?
	2. Si la respuesta al anterior interrogante fuere positiva ¿Cumplió la AFP demandada con la carga de probar que el traslado estuvo precedido de la suficiente información respecto de la pérdida del régimen de transición y las consecuencias de ello?
1. **Solución a los problemas jurídicos**

* 1. **Del régimen de transición**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que para ser beneficiario del régimen de transición allí previsto se requiere que en el caso de las mujeres al 1° de abril de 1994 tuvieran 35 o más años de edad o 15 o más años de servicios cotizados.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005, exige acreditar 750 semanas de cotización al 29 de julio de ese mismo año, salvo para aquellas personas que eran beneficiarias de dicho régimen por cumplir la densidad de semanas cotizadas, de que trata la Ley 100/93.

**2.1.2. Fundamento fáctico:**

De conformidad con el registro civil de nacimiento se observa que la demandante nació el 25/10/1954 –fl. 16 del cd. 1-, por lo que para el 1º de abril de 1994 tenía 39 años de edad cumplidos.

De otro lado, conforme con el “Formato N° 1 – Certificado de Información Laboral” expedido por el Instituto Nacional para Ciegos –fls. 35 y s.s.-, se tiene que para esa entidad laboró entre el 01/06/1979 al 30/06/1997, esto es 943,57 de las cuales 774,14 semanas lo fueron al 01/04/1994, es decir, que superó los 15 años de servicios para ese momento.

Siendo así las cosas, la señora Rubiela Castañeda Carvajal es beneficiaria del régimen de transición por edad y por tiempo de servicios, sin que se haya visto afectada con la expedición del acto legislativo 01 de 2005, dada la densidad de cotizaciones señalada.

En consecuencia, no existe dubitación en cuanto a su calidad de beneficiaria del régimen de transición y por ende, de su legitimación para incoar la ineficacia del traslado al RAIS, figura jurídica que es la procedente cuando el afiliado ostenta tal calidad.

* 1. **De la ineficacia de traslado**

**2.1.1. Fundamento jurídico**

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) señala que la escogencia de cualquiera de los regímenes contemplados es libre y voluntaria por parte del afiliado; consentimiento que se manifiesta por escrito al momento del diligenciamiento de la vinculación o traslado, situación que de desconocerse acarrea las sanciones previstas en el inciso 1º del artículo 271 ibídem, consistentes en multas pecuniarias y dejar sin efecto la afiliación, la que podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea el trabajador.

De acuerdo con esa norma, se itera, esta Sala[[1]](#footnote-1) con base en la jurisprudencia inicial de la SCL de la CSJ, ha sostenido que cuando se trata de afiliados beneficiarios del régimen de transición, el solo hecho de perder tal prerrogativa ante el traslado, constituye en sí mismo el indicio de la omisión y por ende, de la falta de información necesaria, al generar al posible pensionado un detrimento, al ver frustrada la posibilidad del reconocimiento de la prestación con sujeción a las normas anteriores, que le resultan más favorables, por lo que en ese entendido se ha puntualizado que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP, a quien le corresponde acreditar que el traslado estuvo precedido de suficiente información respecto de la pérdida de dicho régimen y las consecuencias de ello.

**2.1.2. Fundamento fáctico**

La parte demandante afirma en la demanda, que fue trasladada del RPM al RAIS sin su consentimiento, como quiera que el formulario de afiliación fue suscrito por su empleador –fl. 3- y, en consecuencia, que ninguna información recibió respecto a la edad mínima pensional, el saldo que debía acreditar en su cuenta individual y mucho menos de las consecuencias legales que el mencionado traslado le generaría, específicamente, en cuanto a la pérdida del régimen de transición.

Por lo tanto, dada su calidad de beneficiaria del régimen de transición por edad y tiempo de servicios, conforme se definió anteladamente, que le otorgaba la posibilidad para pensionarse con la norma anterior – Acuerdo 049 de 1990-, el traslado con estas nefastas consecuencias, se erige como indicio grave de la omisión de la AFP Colfondos S.A. de informarle tanto las ventajas como desventajas del cambio de régimen pensional.

Siendo así las cosas, le correspondía a la AFP Colfondos S.A. acreditar que la afiliación de la señora Rubiela Castañeda Carvajal estuvo precedida de una información completa y detallada de los efectos y consecuencias, tanto positivas como adversas que ello le representaba, consistentes en la pérdida de los beneficios del régimen de transición; sin que para esos efectos le baste con acercar el formulario de afiliación que la actora suscribió y que contiene la constancia de que el traslado se dio de manera libre, espontánea y sin precisiones, por cuanto, tal como se viene repitiendo en esta clase de asuntos, en que está en juego la pérdida del régimen de transición, es carga ineludible de la AFP demandada, probar sin asomo de duda que dio cabal información al interesado sobre tal consecuencia y las secuelas que de ella se derivan.

Y si bien, para la época del traslado la AFP carecía del deber de realizar un cálculo o proyección para determinar el valor de la mesada pensional que pudiese recibir en ese régimen, pues esta solo surgió con la expedición de la Ley 1748 de 2014[[2]](#footnote-2) y el Decreto 2071 de 2015[[3]](#footnote-3), lo cierto es que de acuerdo con la información plasmada en cuanto a los datos de la afiliada y concretamente de su fecha de nacimiento, se desprendía que ella era beneficiaria del régimen de transición y por ello, le asistía el deber de informarle las consecuencias de su traslado e incluso desanimarla a hacerlo, porque podría perder dicho beneficio.

Pero, como ningún elemento probatorio acercó para acreditar que así obró, el indicio de mal asesoramiento que se desprende de la calidad de beneficiaria del régimen de transición no se desvaneció y por ende, se abre paso la declaratoria de ineficacia, como lo concluyó la instancia anterior.

La anterior conclusión no cambia por el hecho de que la actora haya permanecido alrededor de 20 años afiliada al RAIS –como lo alega el recurrente-, pues ello no acredita por sí solo que se haya brindado información suficiente sobre la pérdida del régimen de transición, pues como se dijo, lo que se probó en este caso, es que con su traslado y permanencia en el RAIS, su derecho pensional debe analizarse a la luz de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas posteriormente con la Ley 797/2003 y no bajo la égida del Acuerdo 049/90 por no pertenecer al RPM administrador por Colpensiones; lo que le exigía a la demandada Colfondos S.A. dejar constando que la información en concreto la realizó y a pesar de ello la actora decidió trasladarse al RAIS.

No obstante lo hasta aquí dicho, resulta pertinente precisar que conforme se determinó en precedencia, la actora es beneficiaria del régimen de transición por edad y por tiempo de servicios, por lo que en su caso particular no es aplicable la limitante para retornar al RPM por faltarle menos de 10 años para adquirir el derecho pensional a tono con lo expuesto en las sentencias SU062 de 2010 y C-1024-2004, entre otras; por lo que se advierte que Colpensiones obró erradamente al negarle la posibilidad de retornar al régimen que administra, según le indicó a través del oficio de fecha 05/01/2016 visible a folio 33 del expediente.

Siendo así las cosas, pudo haber solo solicitado que se ordenara a Colpensiones aceptar el traslado por ser esta quien desconoce el contenido de la sentencia de unificación SU062/2010, por lo que no debió haber sido exonerada de las costas del proceso; sin embargo, como ello no es material de apelación no puede esta Sala efectuar algún pronunciamiento al respecto.

Pese a aquello, como la parte actora incoó la demanda para obtener la ineficacia de su traslado y resultó procedente conforme a los fundamentos fácticos y jurídicos enlistados en la demanda, se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

**CONCLUSIÓN**

Conforme lo expuesto, la decisión revisada será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente y a favor de la parte actora, conforme lo dispone el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Segunda de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 03 de abril de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Rubiela Castañeda Carvajal** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES** y **Colfondos S.A.**, según lo dicho en precedencia.

**SEGUNDO:** Costas en esta instancia a cargo del recurrente y a favor de la parte actora, por lo mencionado.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. Puede consultarse las sentencias proferidas en el 2018, dentro de los procesos radicados 2016-00025, 2016-00087 y 2016-00394. [↑](#footnote-ref-1)
2. Artículo 2, parágrafo 2º [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículos 2.6.10.2.3. y 2.6.10.4.3 [↑](#footnote-ref-3)