



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Siete (07) de octubre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por AMELIA ELIZABETH CORDOBA ZAMBRANO contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL Rad. 110013105-013-2017-00392-01.

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 PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala a dar cumplimiento a la orden de tutela proferida por la Sala de Casación Laboral identificada STL-7191 de 2020, la cual deja sin efecto alguno la sentencia de 22 de octubre 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 medida, se resolverá el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de marzo de 2019.

ANTECEDENTES

La señora **AMELIA ELIZABETH CORDOBA ZAMBRANO**, pretende que se declare la existencia de vicio del consentimiento que la indujo en error en la afiliación efectuada a AFP PORVENIR S.A, por no cumplir con el deber de información, así como la nulidad o invalidez del acta o formulario de afiliación suscrito con la misma; por lo que para efectos pensionales continúa afiliada al RPM al que pertenecía y en ese sentido, OLD MUTUAL S.A, fondo al que actualmente se encuentra vinculada debe realizar la devolución de los aportes al RPM administrado por COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, se condene a PORVENIR S.A tener como nula o inválida el acta o formulario de afiliación suscrito con la misma; por ende para efectos pensionales continúa afiliada al RPM al que pertenecía antes; que así mismo, se

condene a OLD MUTUAL S.A fondo al que actualmente se encuentra vinculada, realizar la devolución de los aportes al RPM administrado por COLPENSIONES.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 26 de junio de 1962, por lo que actualmente cuenta con más de 55 años de edad. Señala que estuvo vinculada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 13 de enero de 1988 al 27 de septiembre de 1999, cotizando un total de 679.14 semanas, pero que posteriormente en septiembre de 1999 se trasladó a la AFP PORVENIR S.A, pues le indicaron que el ISS se iba a acabar, que eran mejor los fondos privados ya que los recursos y rendimientos pertenecerían a cada afiliado, contrario a lo que sucedía con el ISS pues esta era un fondo común y de allí se tomaban los valores para repartir entre todos los afiliados; que además obtendría una pensión superior, podría retirar sus aportes cuando lo deseara, pensionarse a cualquier edad y dejar como herederos a sus familiares para que los ahorros realizados no se perdieran en caso de su fallecimiento; pero nunca le informaron sobre cómo se le liquidaría la pensión, ni ninguna información financiera sobre los requisitos que debía cumplir tanto en el RPM como en el RAIS para llegar a obtener una pensión, así como tampoco le fueron ilustradas las ventajas y desventajas que le ocasionaría el traslado de régimen, o sobre la posibilidad de negociar el bono pensional si decidía pensionarse anticipadamente; que para diciembre de 2014 se trasladó a OLD MUTUAL S.A y que en una simulación pensional se estableció que su mesada pensional sería de \$1.407.000 y el RPM sería de \$8.067.380; por lo que para el 22 de marzo de 2017, 23 de marzo de 2017 y 27 de marzo de 2017, elevó solicitudes a PORVENIR S.A, OLD MUTUAL S.A y COLPENSIONES respectivamente, con el propósito de declarar nula o inválida la afiliación; sin embargo, tales solicitudes fueron negadas (fls. 2 a 20)

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 de régimen se realizó de manera libre y voluntaria y que de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y sentencia SU 062 de 2010, la demandante no contaba con los requisitos para realizar el traslado al RPM, pues a esta le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión; por ende, a la fecha el traslado efectuado al RAIS tiene plena validez y los supuestos de vicios en el consentimiento alegados por la demandante en el contrato suscrito con la AFP correspondiente, debían probarse en el desarrollo del proceso judicial. Propuso como excepciones «inexistencia del derecho y de la obligación»; «buena fe»; «no configuración del derecho al pago de interés moratorios, ni indemnización moratoria»; «prescripción»; e «innominada o genérica» (Fls. 86 a 90).

La **AFP PORVENIR S.A** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, pues manifestó que el traslado de régimen realizado por la demandante, era un acto realizado en virtud de la voluntad libre, espontánea y sin presiones al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a la AFP, y que por el contrario estaban dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen que la misma demandante realizó. Señaló además que la demandante haciendo uso del derecho que le asistía de movilizarse entre administradoras se trasladó a OLD MUTUAL S.A, motivo por el cual ya no se encuentra activa en esta administradora, por ende no existía dinero alguno en la cuenta individual y que dicho traslado ratificaba su deseo de querer permanecer en el RAIS. Formuló como excepciones «prescripción»; «falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones»; «buena fe»; «prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivos»; «enriquecimiento sin causa»; «inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones»; «debida asesoría del fondo»; e «innominada o genérica» (Fls. 102 a 110).

La **AFP OLD MUTUAL S.A.** en contestación de la demanda se opuso a las pretensiones formuladas e indicó que era necesario tener en cuenta que las disposiciones normativas que regulan el RPM y el RAIS, son claras en señalar cuales son las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, por lo que no resultaba viable que en la suscripción del formulario de vinculación y traslado del RPM al RAIS realizado por PORVENIR S.A y con posterioridad cambio a OLD MUTUAL S.A, se hubiese podido configurar un error de derecho sobre la especie del acto o el objeto, o un error de hecho sobre la calidad del objeto y que aceptar la existencia de un error de derecho en los términos señalado por la parte demandante implicaría reconocer que el ordenamiento jurídico, en contravía de lo establecido en el art. 9° del C. Civil, tiene como excusa el desconocimiento del derecho, lo cual no es viable, más cuando el art. 1509 de la misma norma, indica que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, pues esto equivaldría a que el traslado de la demandante a PORVENIR S.A y con posterioridad a OLD MUTUAL S.A, se generó como consecuencia del desconocimiento de la ley por parte de la demandante y en ese sentido, la demandante no probó de manera siquiera sumaria el supuesto error al cual fue inducida, por ende dicha pretensión estaba destinada a no prosperar. Propuso como excepciones «prescripción»; «prescripción de la acción de nulidad»; «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 154 a 174).

Agotado el trámite en la primera instancia, el juzgado de conocimiento procedió a dictar la correspondiente sentencia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 19 de marzo de 2019, absolvió a las demandadas de toda y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló que se encontraba demostrado que para la fecha del traslado la demandante recibió la información correspondiente, conforme al formulario de afiliación, destacando la inaplicabilidad del criterio sentado por la Corte Suprema, por cuanto el mismo es para las personas beneficiarias del régimen de transición circunstancia en la que no se encuentra la actora, aunado a que no contaba con una expectativa legítima pensional al momento de trasladarse al RAIS.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, aduciendo, que contrario a lo señalado por el a quo no se trata de dar aplicación a un criterio jurisprudencial sino a las normas que regulan la materia, destacando que desde la creación de las AFP se estableció legalmente la obligación de las AFP de suministrar a los afiliados la información idónea y necesaria para la validez de la afiliación, circunstancia que efectivamente fueron reiteradas por la Corte Suprema, precisando que se demostró que al momento del traslado la actora no recibió asesoría pues la misma demandante fue clara en indicar que supo de las condiciones del RAIS en el años 2014, evidenciándose que no se le informó sobre las diferencias entre los regímenes y en especial los perjuicio que derivaban del traslado de régimen, pese a que las AFP tienen la obligación de suministrar de forma permanente la asesoría, aspecto que brilló por su ausencia pues antes de que la actora se encontrara a diez años para adquirir la pensión no fue informada de la posibilidad de retornar al régimen de prima media, precisando que la suscripción o firma en el formulario no es prueba suficiente para demostrar el suministro de información, destacando que si bien la Corte Suprema ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición la información debe ser más íntegra en virtud de la relevancia del tema ello no implica que a las personas que no son beneficiarias del régimen de transición se les puedan vulnerar sus derechos y desconocer el derecho que les asiste de recibir la información, razones por las cuales solicita se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida la etapa de alegaciones en el inicio de la audiencia celebrada el 18 de septiembre de 2019 (fl. 383), se cumplió lo previsto por el numeral 1º 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 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 22 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 26 de junio de 1962, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el 26 de junio de 2019, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada a Porvenir el 22 de marzo de 2017 (fol. 30 a 36) a Old Mutual el 23 de marzo de 2017 (fol. 37 a 43) y a Colpensiones el 27 de marzo de 2017 (fol. 44 a 50), es decir cuando le faltaban menos de 10 años 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 261,71 semanas de cotización, (fol. 95) equivalentes a 5 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

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".

con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 17 de agosto de 1999 (fls. 111 y 112), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP 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 e íntegra la información 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 los pronunciamientos que ha emitido la Sala de Casación Laboral, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda

el profesional que brinda la asesoría, 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 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, ya que 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 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. 111), plasmado en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR 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 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 (17 de agosto de 1999, fol. 111), 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 aspectos 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 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.

En ese orden, se revocará la decisión de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado quedando la demandante debidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y en consecuencia deberá la AFP OLD MUTUAL, por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculada la actora (fol.23 a 32), 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 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.

En ese sentido y con este alcance, se da cumplimiento a la orden de tutela impartida en la sentencia de la CSJ SL STL7191-2020 del 02 de septiembre de 2020 (rad. No. 60398), 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 las accionadas PORVENIR Y OLD MUTUAL.

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: REVOCAR la sentencia de primera instancia y en su lugar, se declara la **INEFICACIA** del traslado y la afiliación efectuada por la señora **AMELIA**

ELIZABETH CORDOBA ZAMBRANO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A.; y como consecuencia de ello, se ordena a **OLD MUTUAL S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–** todos los aportes efectuados por la 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 de la accionante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

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

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.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

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