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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por LUZ ESPERANZA SARMIENTO MORENO contra COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL. y PROTECCIÓN S.A. Rad. **110013105-016-2017-00320-01.**

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 el 07 de abril de 2021 sentencia STL4034-2021 (62620), la cual deja sin efecto alguno la sentencia de 13 de agosto de 2019 proferida por la Sala Cuarta de Decisión Laboral de este Tribunal y ordenó proferir nueva decisión en los términos expuestos por el Alto Tribunal. En esa dirección se resolverá el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la accionante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de marzo de 2019.

ANTECEDENTES

La señora **LUZ ESPERANZA SARMIENTO MORENO**, pretende que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado el 1° de octubre de 1996 realizado por OLD MUTUAL; se ordene a COLPENSIONES y OLD MUTUAL a realizar todas las gestiones pertinentes para anular el traslado. Como consecuencia de lo anterior, se ordene a OLD MUTUAL a trasladar la totalidad del dinero de la cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES a recibirla sin solución de continuidad.

Como fundamento de sus pretensiones en síntesis manifestó que nació el 31 de mayo de 1960, que se afilió al ISS el 23 de octubre de 1978 cotizando en el RPM un total de 701 semanas. Que el 1° de octubre de 1996 se trasladó al RAIS mediante afiliación a ING, hoy PROTECCIÓN, cotizando un total de 1.067 semanas es decir que al momento cuenta con un total de 1768 semanas. Indicó que era obligación de la AFP informar sobre el año de gracia concedido por la ley 797 de 2003, debió también informar antes del 31 de mayo de 2007 sobre la imposibilidad de traslado cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho. Finalmente indicó que elevó derecho de petición a COLPENSIONES el 27 de febrero de 2017; que OLD MUTUTAL le informó que su mesada pensional para el 2017 sería de $3.500.000 y en COLPENSIONES sería de $9.582.375 (fls.48 a 61).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición de todas y cada una de las pretensiones bajo el entendido que no hay razón a que se declare la nulidad de la afiliación ya que la misma tiene plena validez y legalidad, puesto que no se probó por parte de la accionante alguna de las causales de nulidad, como lo son el error, fuerza y dolo, sino que por el contrario, existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando duro más de 20 años realizando aportes fijos al fondo. Aunado a lo anterior, indicó que nadie puede alegar su propia culpa y no puede establecerse que fue negligente por tan alta cantidad de tiempo para averiguar si lo dicho por el asesor era correcto o no. Formuló como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe e innominada o genérica (fls. 102 a 107).

La **AFP OLD MUTUAL S.A**. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, toda vez que la demandante no allega prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia de la afiliación, no configurándose ninguna de las causales de nulidad. Además se tiene que si la demandante hubiera sino una diligente podría haber verificado las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Aduce que del análisis pensional realizado a la demandante en el RAIS le correspondería una mesada pensional de $3.924.660.13. Formuló las excepciones previas de “prescripción”, “prescripción de

la acción de nulidad, "cobro de lo no debido por ausencia de causa" e inexistencia de la obligación" (Fls.125 a 144)

La **AFP PROTECCIÓN S.A.,** contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones, por cuanto la afiliación de la accionante FUE DE MANERA LIBRA Y VOLUNTARIA, suscrita con DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN. Por otro lado el apoderado de la parte actora manifiesta que el traslado se dio de forma fraudulenta, sin embargo, no allegan sentencia proferida por la jurisdicción penal, lo que desvirtúa su dicho y lo cierto es que dentro del formulario de solicitud de vinculación señaló la casilla de "voluntad de selección y afiliación" y que estaba de acuerdo. Expuso como excepciones de fondo las que denominó: declaración de manera libre y espontánea, buena fe, prescripción y genérica (fls.212 a 218).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 20 de marzo de 2019, el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que el traslado realizado en 1996, incluye la leyenda de voluntad de selección y afiliación, la cual es permisible que esté preimpresa; donde hace notar que ha elegido de forma libre, espontánea el RAIS (fl.144 y 203-204), además frente a las normas que contienen características de cada régimen, no es posible alegar que no se conocía la Ley, ya que son de público conocimiento. Por otro lado, señaló que en lo que se refiere a la prueba del vicio en el consentimiento, no se observó que se haya demostrado en juicio. En cuanto a la carga dinámica de la prueba, indicó que la actora no poseía requisito de edad o de semanas para tener una expectativa legítima para permanecer en un régimen anterior, es decir solo tenía 33 años de edad y 577.29 semanas y que habiendo decidido efectuar el traslado de régimen no puede predicarse que pueda acceder a un régimen por la edad y una de las subreglas establecidas es que esa insuficiencia de información haya generado una lesión en el derecho pensional, sin embargo, OLD MUTUAL le precisó que tenía derecho a una mesada pensional, no le ha impedido obtener su derecho, sin embargo, no se consideró que los lineamientos facticos aplicados por la Corte Suprema de Justicia se presenten en este caso y no son aplicables, por lo que en ese caso no se invierte la carga de la prueba y debía la accionante probar que efectivamente se incurrió en un vicio en el consentimiento sin embargo dicha situación no se presentó.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora, presentó recurso de apelación al estar inconforme con la decisión, por cuanto considera que la jurisprudencia de la Corte si es aplicable en el presente caso, puesto que al revisar las pruebas obrantes en el expediente, como lo es la historia laboral aportada y expedida por OLD MUTUAL, da cuenta de los salarios que se han venido devengando desde que inició su vida laboral, así como los aportados al ISS, pudiéndose determinar fácilmente que la prestación económica de la demandante, si se calcula el IBL de los últimos 10 años cotizados es de $13.750.000, suma que si se le aplica una tasa de remplazo de 69%, se arroja una mesada pensional de $9.582.375 pesos en el RPM; además, indicó que está probado en el plenario que cuando la demandante solicitó que se le efectuará una proyección de su pensión, se le ofreció una prestación de $3.500.000, lo cual se considera un perjuicio irremediable a la prestación económica de la demandante, ya que su derecho pensional se ve afectado, no tanto el acceso a la prestación si no en su mesada, ya que no existe equidad entre lo que viene aportando e incluso desde el momento en que se afilió al sistema y desde el momento en que se trasladó se han tenido aumentos normales y legales, por lo cual, considera que si se genera un perjuicio irremediable. Por otro lado, indicó que si bien es cierto que la actora no ostenta la calidad de beneficiaria del régimen de transición, esto no es condición para aplicar la jurisprudencia de la Corte, lo que hace que la misma sea aplicable es el hecho de que se centra en la falta del deber de información y la usencia de la asesoría correcta, por lo que es evidente que a la señora Luz Esperanza, le pudieron haber señalado las ventajas del régimen pero no las desventajas y las consecuencias que acarreaba el mismo. Aduce que para el momento del traslado la actora contaba con 700 semanas, es decir el 70% de las semanas mínimas ene se momento, es decir, que ya había una expectativa legitima, situación que obliga a la AFP a brindar una información más clara y completa, entregando estatutos y plan de pensión, además existía obligación de los promotores según la ley de entregar toda información sobre el traslado del régimen, nunca existió una re asesoría para comunicar que podía retornar al RPM, generando así un engaño ya que no les comentaron que debían hacer aportes voluntarios y de esta manera engañarlos.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtida como se encuentra la oportunidad de alegar de conclusión en el inicio de la audiencia celebrada el 13 de agosto de 2019 (fl. 268), 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 09 milita copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 31 de mayo de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2.017, procediendo a solicitar su traslado mediante petición elevada ante Colpensiones el 27 de febrero de 2017 (fls. 34 a 47), 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 576.43 semanas cotizadas al ISS (fl. 10), 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

[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".

Individual con Solidaridad RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 01 de agosto de 1996 (Fl. 204), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy 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 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 DAVIVIR, hoy 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 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. 204), plasmado en el formulario de afiliación a DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, 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 PROTECCIÓN 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 PROTECCIÓN, hoy DAVIVIR, omitió en el momento del traslado de régimen (01 de agosto de 1.996,

fol. 204), 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 los saldo existentes en la cuenta de ahorro individual de la demanda, junto con sus rendimientos, frutos e intereses, las cuotas de administración descontadas, así como de los valores pagados por seguros previsionales, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal y conforme lo visto, ello 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 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 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 SKANDIA, por ser la AFP a la que se encuentra actualmente vinculada la actora trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por el demandante, junto con sus rendimientos, e incluso los gastos de administración y valor de seguros previsionales, 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 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.

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 07 de abril de 2021 (Rad. 62620), 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 **PROTECCIÓN S.A y SKANDIA.**

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 objeto de estudio, y en su lugar, DECLARAR la INEFICACIA del traslado y la afiliación efectuada por la señora **LUZ ESPERANZA SARMIENTO MORENO** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, ante la **AFP DAVIVIR, hoy POTECCIÓN S.A**. el 01 de junio de 1999; y como consecuencia de ello, **ORDENAR** a la **AFP SKANDIA S.A.** trasladar a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–** todos los aportes efectuados por el demandante, es decir los saldos de su cuenta individual junto con sus rendimientos, frutos e intereses, incluidos los gastos de administración que le hubieren sido cobrados y el valor pagado por esta por seguros previsionales, 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: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia corren a cargo de las accionadas **PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA.**

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

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