



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

PROCESO ORDINARIO LABORAL

DEMANDANTE: OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO

DEMANDADO: PORVENIR S.A. y COLPENSIONES

RADICADO: 11001 31 05 002 2018 00637 01

MAGISTRADA PONENTE: ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Bogotá, D.C., seis (06) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal, en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 806 de 4 de junio de 2020, emitido por el Gobierno Nacional en el marco del Estado de Emergencia, artículo 15 y concordantes y el Acuerdo PCSJA20-11567, artículo 10, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, a cumplir la orden de tutela proferida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal en sentencia identificada con la radicación n.º 115400 del trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021), teniendo en cuenta las consideraciones de dicho fallo.

ANTECEDENTES

La parte demandante pretende que se declare la nulidad de afiliación efectuada en el mes de septiembre de 1996 ante la AFP PORVENIR S.A. y como consecuencia ordenar a PORVENIR S.A., a retornar a la demandante junto con todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado; ordenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante y mantenerla como afiliada desde el día 18 de julio de 1980 sin solución de continuidad; condenar a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y a lo ultra y extra petita.

La parte demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes hechos: nació el 18 de noviembre de 1961; cotizó al ISS un total de 458 semanas del 18 de julio de 1980 hasta el 29 de agosto de 1996. En el mes de agosto de

1996 ante la insistencia de los asesores de la AFP PORVENIR se trasladó de régimen pensional; los asesores de la AFP le argumentaron que el ISS se acabaría y que solo existirían los regímenes privados; igualmente, le informaron que podía pensionarse a la edad que quisiera y con el sueldo que quisiera; no se le suministró al momento de la afiliación información clara y veraz, no se le realizó proyección pensional, ni tampoco le explicaron las condiciones reales que eran necesarias para que se pensionara. La demandante continuó cotizando en la AFP hasta julio de 2018, acumulando un total de 784 semanas en el régimen de ahorro individual y en total en ambos regímenes un total de 1.242 semanas. El día 18 de julio de 2018, radicó derecho de petición ante la AFP Porvenir y a Colpensiones solicitando el retorno al régimen de prima media y la nulidad de traslado; ambas entidades dieron respuesta negativa a los derechos de petición. De acuerdo con la simulación pensional, en el RAIS recibiría una mesada pensional de \$ 781.242 y en el RPM de \$ 2.130.998. (Fls. 1 a 18)

Frente a esas pretensiones, la entidad **COLPENSIONES** se opuso a todas argumentando que mediante el derecho a la libre escogencia de régimen en materia pensional el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él, y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad de traslado entre regímenes; además, la accionante ha estado afiliada al RAIS por más de 22 años, sin haber manifestado en ningún momento su inconformidad de pertenecer al mismo. Presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e innominada o genérica. (Fls. 73-85)

Por su parte, la entidad **PORVENIR S.A.** se opuso igualmente a todas las pretensiones con los argumentos de que no se configuró ningún vicio en el consentimiento por cuanto la demandante de forma autónoma y mediando un consentimiento libre de vicios suscribió el formulario de vinculación en el cual se hace expresa mención de las circunstancias de haber firmado el documento de forma libre y voluntaria, con conocimiento real acerca del acto jurídico que realizaba y sin presión por parte de ningún asesor, pues su firma es auténtica y no ha sido cuestionada; además, dicho traslado se realizó en cumplimiento de los requisitos legales para su momento. Presentó como excepciones de fondo las de 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. 114-118)

DECISIÓN DEL JUZGADO

El Juzgado Segundo (2°.) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de julio de 2020, declaró la nulidad de la afiliación realizada el 23 de agosto de 1996 a Porvenir S.A.; condenó a Porvenir S.A. a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria a Colpensiones los valores que reposaren en la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C., sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración; ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante, corregir y actualizar su historia laboral como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático; condenó en costas a Porvenir S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma de 2 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación en la oportunidad procesal correspondiente y sobre los siguientes puntos:

PORVENIR: i) la demandante fue debidamente asesorada como se corrobora con el formulario de afiliación, único documento que se exigía en ese momento, ii) los gastos de la administración no se deben devolver y estos se establecieron desde la creación del régimen, iii) ni tampoco hay lugar a la devolución del bono y iv) las costas.

COLPENSIONES: Expuso en el recurso que la actora se encuentra en la prohibición legal de trasladarse pues le faltan menos de 10 años para pensionarse, normatividad que fue declarada exequible con la sentencia C1024 del 2004 emitida por la corte constitucional, por lo cual no se puede desconocer.

Debe estudiarse la nulidad del contrato con las consecuencias jurídicas de esta figura, ya que, al alegarse un vicio en el consentimiento al momento de tomar la decisión del traslado debió probarse dicho vicio.

No se demostró una supuesta falta de información.

La única exigencia normativa en cabeza de los fondos para el momento en que se dio el traslado era la suscripción del formulario.

Al autorizar el traslado la pensión de la actora resultaría subsidiada a costa de los recursos ahorrados de manera obligatorio por los otros afiliados al esquema dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

ALEGACIONES

Presentó Alegaciones la apoderada de la parte demandada Colpensiones.

El apoderado de COLPENSIONES presenta poder de sustitución, en consecuencia, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, identificada con la cédula de ciudadanía 1.010.201.041 y T.P. 267784.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si en el caso en concreto hay lugar o no a declarar la nulidad de afiliación de la demandante.

Elementos de prueba relevantes:

- A folio 19, cedula de ciudadanía de la demandante, que da cuenta nació el 18 de noviembre de 1961.
- A folios 20, 28, 87, certificado de traslado de Colpensiones.
- A folios 21-22, 29-32, 125-146 resumen cuenta, resumen semanas cotizadas.
- A folios 23-25, liquidación de pensión al 31 de julio de 2018.
- A folios 26-27, simulación pensional Porvenir.
- A folios 33-51 reclamaciones administrativas y respuestas.
- A folios 52, 119-122 formulario de afiliación a la AFP Porvenir, 23 de agosto de 1996, 22 de mayo de 1998 y 16 de junio del 2000.
- A folios 53-54, declaración extra proceso de la demandante.
- A folio 55, certificación laboral de Serviduchas y productos asociados.
- A folio 123, certificado de afiliación Porvenir S.A.
- A folio 124, certificación SIAFP.
- A folio 147, comunicado de prensa sobre AFP's.
- Expediente administrativo.
- Interrogatorio de parte del representante legal de Porvenir y demandante.

Marco Normativo y Jurisprudencial

Sentencia STP5872-2021 proferida con el número de radicación n.º 115400 del trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Caso Concreto

La sentencia proferida con el número de radicación n.º 115400 del trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021), señala en la parte resolutive lo siguiente:

(...) 1. Revocar la decisión apelada, por las razones expuestas en la anterior motivación.

2. Amparar el debido proceso de la señora OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO.

3. Ordenar a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que, en el término de los veinte (20) días siguientes a la notificación de esta sentencia, deje sin efecto el fallo que emitió el 29 de septiembre de 2020, en el radicado 2018-00637 y resuelva nuevamente el asunto, observando los argumentos en esta providencia. (...).

El mencionado fallo, en síntesis, señaló:

“...7.1. Al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida, en septiembre de 1996, la demandante no estaba incurso en las causales de exclusión del artículo 61 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del sistema no tenía 50 años de edad, ni gozaba pensión de invalidez.

7.2. Diligenció el formulario de vinculación a Porvenir voluntariamente, como se corrobora con ese documento, y lo expuesto por ella en interrogatorio. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral señala que, ese documento, a lo sumo, acredita el consentimiento⁶, con lo cual se advierte que dicha suscripción de manera personal se convierte en un indicio de la reunión realizada entre la actora y el asesor de fondo de pensiones.

7.3. La demandante suscribió formulario de afiliación en dos ocasiones más, en 22 de mayo de 1998 y 16 de junio de 2000, cuando ya había superado el término trienal señalado en las normas vigentes de la fecha para trasladarse entre regímenes, con lo cual se infiere su deseo de permanencia en el régimen de ahorro individual.

7.4. De conformidad con el artículo 1509 del Código Civil, el error de derecho no vicia el consentimiento. De acuerdo con el artículo 9 del Código Civil, el desconocimiento de la ley no es excusa, por tanto, esa ignorancia no puede traerse para alegar vicios de consentimiento, máxime cuando las consecuencias del traslado operan en virtud de la ley.

7.5. No hubo error en el consentimiento, porque la accionante quería cambiarse de régimen pensional y eso fue lo que obtuvo. No se alega fuerza o dolo en el negocio jurídico, por tanto, no hay vicios que den lugar a declarar la nulidad del acto de traslado.

Y más adelante agregó:

“...7.6. No es dado aplicar la causal de ineficacia del acto de traslado señalada por la jurisprudencia, por incumplimiento del deber de información, pues no se encuentra consignada en alguna norma legal. En todo caso, se descarta, pues la parte actora, admite en el interrogatorio, que recibió información del asesor del fondo de pensiones en cuanto a la pensión anticipada, su cuenta individual, rendimientos y los aportes voluntarios, que son propios del régimen de ahorro individual.

7.7. Cualquier proyección que se haga al momento de afiliación no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado. Y en 1996, no era una condición para el cambio de régimen. 7.8. Acceder al cambio de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones.

....9. En la SL1688 de 2019, la Sala de Casación Laboral puntualizó que la reacción del ordenamiento jurídico (artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. De ahí que, resulta equivocado exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), o admitir el saneamiento del acto, por el paso del tiempo, o ratificación, en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.

...11. Para contestar a la parte accionada, en la SL1452-2019, la Sala de Casación Laboral indicó que la ineficacia del traslado no requiere una

expectativa pensional, o la consolidación del derecho, y no es ineludible que el afiliado pertenezca al régimen de transición.

12. En la SL1421 de 2019, descartó la aplicación del término prescriptivo de 4 años, contemplado en el artículo 1750 Código Civil o los 3 del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, toda vez que, las pretensiones encaminadas a obtener la ineficacia del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias, ostentan un carácter declarativo, por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional.”

En ese orden de ideas, atendiendo la orden de tutela y lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, se impone confirmar la sentencia de primera instancia, aclarando además en cuanto a la apelación de Porvenir respecto de los gastos de administración, en aplicación al precedente jurisprudencial que ha señalado que la declaratoria de ineficacia del acto del traslado trae como consecuencia que los fondos privados trasladen a la administradora del régimen de prima media, además del capital ahorrado y los rendimientos financieros, los gastos de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima. (SL2611-202 Radicación n.º 67972 del 1 de julio de 2020, donde rememora la sentencia SL17595-2017, y la sentencia CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989), hay lugar a confirmar la decisión por las mismas razones jurisprudenciales.

En relación con la apelación de Colpensiones respecto que con la decisión de primera instancia se estaría atentando en contra del principio de sostenibilidad financiera del Sistema la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en la providencia con radicado 115400 precisó: “En la SL2877-2020, concluyó que la declaratoria de ineficacia del traslado no lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, *“puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas”.*

Finalmente frente a las costas procesales, aspecto objeto de reparo por parte de Porvenir, el numeral 1º del artículo 365 del Código General del Proceso señala que la parte vencida en juicio será condenada en costas procesales, motivo por el cual como quiera que Porvenir fue condenada pertinente resulta confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

COSTAS: no se impondrán en esta instancia por considerar que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2020 por el Juzgado Segundo (2°.) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado y se confirma en lo demás la sentencia de primera instancia.

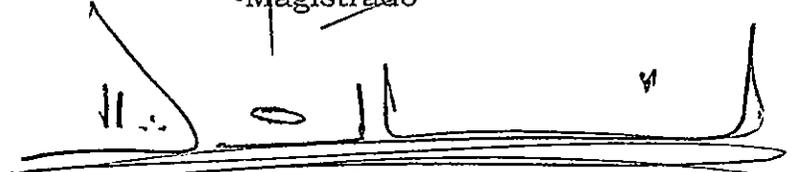
SEGUNDO: Sin costas en la presente instancia.

TERCERO: REMÍTASE de manera inmediata copia de la presente sentencia a la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal con la referencia de "Cumplimiento de la sentencia con radicación n.º 115400 del trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021) Acción de tutela presentada por **OLGA CECILIA CERQUERA PERDOMO** contra la **SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**"

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


DAVID A. J. CORREA STEER
Magistrado