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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CLARA GAVIRIA DE MONTOYA** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A. y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 **027 2018 00360 01.**

Bogotá D.C., catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STP17655-2021, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.° 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad del traslado efectuado al fondo privado de pensiones y cesantías HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 2 de octubre de 1998; así mismo, que se declare

la nulidad del traslado efectuado a OLD MUTUAL S.A., el día 19 de noviembre de 2003, por ni brindar información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de uno y otro sistema pensional, COLPENSIONES debe reconocer en el régimen de transición, y se condenen a las demandadas en costas y agencias en derecho.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 17 de enero de 1945; se trasladó a PORVENIR S.A. el 2 de octubre de 1998; afirmó, que posteriormente se trasladó a OLD MUTUAL S.A. el 19 de noviembre de 2003, quien debe demostrar que cumplieron el deber de ofrecerle la información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen pensional. Que se trasladó nuevamente al régimen de prima media con prestación definida desde el 1.° de abril de 2009, lo cual fue confirmado por COLPENSIONES, a través de la certificación del 6 de junio del 2018; argumentó, que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez mediante Resolución n.° SUB 32318 del 7 de abril de 2017; expresó, que mediante fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Laboral, el 2 de noviembre de 2016, modificó parcialmente el fallo proferido por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, al ordenar el cambio de la fecha de reconocimiento.

Adujo además, que la pensión de vejez fue reconocida a partir del 1° de septiembre del 2010; así las cosas, a la fecha de entrada del sistema general de pensiones, 1.° de abril de 1994, la demandante cumplía con los 35 años de edad; igualmente, que cumplía con las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005, ya que tenía cotizadas un total de 923 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de agosto de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES S.A., contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones propuestas por carecer de sustento fáctico y legal, argumenta que no es procedente se declare la nulidad del traslado efectuado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, toda vez que, COLPENSIONES concedió pensión de vejez a través de Resolución n.° SUB 32318 del 7 de abril de 2007, por órdenes del Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá y modificado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por lo que no es procedente al reconocimiento de la prestación pensional como consecuencia de nulidad del traslado pretendido, implicaría la modificación de una decisión judicial y la entidad no tiene dichas facultades.

En su defensa, propuso como excepciones, error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, la prescripción e innominada o genérica (f.° 44 al 54).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, por carecer de fundamentación fáctica, legal y probatoria, replicó que la afiliación que ocasionó el traslado de régimen de la parte demandante fue realizada al fondo de pensión HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., siendo entonces la A.F.P. PORVENIR S.A., la encargada de brindar asesoría a la parte demandante respecto a las consecuencias de dicho cambio de régimen. La afiliación de la parte demandante a

OLD MUTUAL S.A., obedeció a un traslado entre administradoras, pertenecientes al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Propuso como excepciones, las de falta de legitimación, prescripción, no existe prueba de causal de nulidad alguna, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, inaplicabilidad legal, cobro de lo no debido, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, buena fe y ausencia de vicios del consentimiento (f.° 83 a 96).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones propuestas por la demandante, dijo que no se configura vicio de consentimiento, ya que la demandante lo hizo en forma autónoma y mediando un consentimiento exento de vicios; además, que no se hizo en contra de una prohibición legal, y si por el contrario, se dio cumplimiento al período mínimo de permanencia que la afiliada debería tener en la A.F.P. anterior, dijo que resulta extraño que después de 16 años de haberse trasladado al R.A.I.S. aduzca que la asesoría brindada por PORVENIR S.A. caree de información

En su defensa, propuso como excepciones 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 (f.° 121 a 127).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado guardó silencio.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de agosto de 2020, negó las pretensiones de la demanda incoada por la demandante y absolvió de las mismas a COLPENSIONES, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la entidad demandada, condeno a la demandante al pago de las costas del proceso en suma de $800.000 como agencias en derecho.

Consideró, que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, y la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional, como de la Corte Suprema de Justicia, donde aquellas personas que eran beneficiarias del régimen de transición lo perdieron ante el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y solo lo recuperaron quienes, habiendo retornado al régimen de prima media con prestación definida completaron un mínimo de 750 semanas cotizadas o su equivalente en el tiempo de servicios al 1.° de abril de 1994.

Adujo, que en el caso que se ocupa, la demandante perdió el derecho que le otorgaba la Ley 100 de 1993, al trasladarse al régimen de ahorro individual en tal año. Una vez se percató del error que cometió, volvió a COLPENSIONES para seguir en el régimen de prima media, por tanto, es inadmisible el buscar la jurisdicción para anulación de las afiliaciones cuando ya la entidad de COLPENSIONES le otorgó su derecho a la pensión de vejez, de acuerdo a la Resolución n.° SUB 32318 del 7 de abril del 2017.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, interpuso recurso de apelación para que fuese revocada la sentencia proferida por el juez de primera instancia.

Expuso, que es injusto e ilegal el hecho de que su poderdante perdiera el régimen de transición al haberse pasado a un fondo privado, el cual le dio una información que no fue correcta y no fue suficiente, adecuada y oportuna en su momento, alegando además vicios del consentimiento, y que por esta razón retornó nuevamente a COLPENSIONES y pidió su pensión.

Manifestó, que cuando solicitó su pensión de vejez, COLPENSIONES lo que hace es sancionarla, y cuando la sanciona obviamente le quita su régimen de transición, al que tenía derecho, y que por edad tenía más de los 35 años al 1.° de abril de 1994.

Argumentó, que el hecho de haber desvinculado a los fondos privados dejó al proceso sin armas ni herramientas

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STP17655-2021, de la Sala de Casación Penal, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 24 de marzo de 2021, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Penal del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, hizo referencia a las providencias SL18447-2017, SL4426-2019, STL11385-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1452-2019, SL3611-2021, SL2877-2020 y esgrimió en sus

consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

> *«(…) Las AFP deben suministrar al afiliado información clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, so pena de declarar ineficaz ese tránsito. Es decir, no solo deben brindar información acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad, sino, en cuanto al régimen de prima media con prestación definida, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones. Por lo tanto, implica un parangón entre las características, ventajas, y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes.»*
>
> *«(…) La suscripción del formulario de vinculación en modo alguno puede entenderse como un consentimiento informado».*
>
> *«(…) Si el afiliado asegura que no recibió información veraz y suficiente de la AFP, para el cambio de régimen pensional, corresponde a su contraparte probar que sí la brindó, dado que es quien está en mejor posición de hacerlo.»*
>
> *«(…) 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.»*
>
> *«(…) 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.»*

De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: ***i)*** la demandante nació el 17 de enero de 1945 (f.° 10); ***ii)*** se afilió el 10 de junio de 1976 a COLPENSIONES, cotizando 347.97 semanas al 1.° de abril de 1994 (f.°30 a 34 y 56 a 64 expediente administrativo); ***iii)*** que el 2 de octubre de 1998, se trasladó a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y el 19 de noviembre de 2003, a OLD MUTUAL S.A. (f.° 11-12); ***iv)*** a través de un fallo de tutela, el Juez 35 Penal Municipal de Bogotá, el

16 de mayo de 2008, le concedió autorizar el traslado del R.A.I.S. al R.P.M.P.D. de la aquí demandante (f.° 152 a 157); ***v)*** en cumplimiento de un fallo judicial emanado por el Juzgado 18 Laboral de Circuito de Bogotá, COLPENSIONES, le reconoció una pensión de vejez por medio de la Resolución n.° 32318 del 7 de abril de 2017, pensión que fue pagada con su respectivo retroactivo y actualmente es pensionada de dicha entidad (f.° 16 a 20); ***vi)*** que, en los términos expuestos por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostraron el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la nulidad del traslado de régimen pensional efectuado por CLARA GAVIRIA DE MONTOYA al régimen de ahorro individual administrado por HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A, y el posterior traslado horizontal realizado a OLD MUTUAL S.A., y como consecuencia OLD MUTUAL S.A., A.F.P. a la que se encuentra actualmente afiliada la demandante, deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses de la demandante, sin hacer deducciones por gastos de administración.

Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión 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: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 24 de marzo de 2021, por el Juzgado 27 Laboral de Circuito de Bogotá D.C., en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STP17655-2021, para en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del traslado de régimen pensional realizado por CLARA GAVIRIA DE MONTOYA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., el 2 de octubre de 1998, así como el posterior traslado horizontal realizado el 19 de noviembre de 2003 a OLD MUTUAL S.A. de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

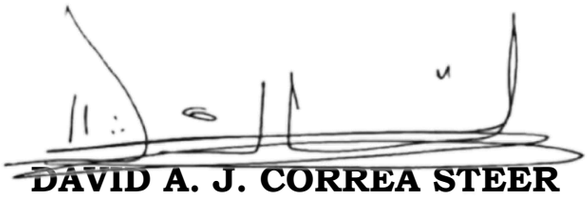
SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL S.A. a trasladar a COLPENSIONES aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, sin descontar gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar los valores que reciba de OLD MUTUAL S.A., y admita el traslado del régimen pensional de la demandante, en virtud de la nulidad que se determinó en el numeral primero.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA