

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ERNESTINA SALCEDO DE BOTERO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES E INTERNACIONAL DE NEGOCIOS S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

PROVIDENCIA

Se reconoce personería a la abogada Jacqueline Gil Puerta, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 51.930.470 y tarjeta profesional No. 293.987 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 11 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Ernestina Salcedo de Botero, actuando por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a Internacional de Negocios S.A. en Liquidación Judicial, para que se condene al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, a partir del 25 de abril de 2014; junto con la indexación de las sumas, los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 7 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 18 de mayo de 1949; laboró para la empresa Internacional de Negocios S.A. desde el 11 de abril de 2002 hasta el 2 de julio de 2012; desde el 2009 hasta el 2 de julio de 2012 le fueron expedidas incapacidades por periodos de 15 días; Internacional de Negocios S.A. omitió realizar los aportes al sistema general de seguridad social desde febrero hasta el 2 de julio de 2012; las incapacidades generadas entre el mes de febrero y el 2 de julio de 2012 no le fueron pagadas; Colpensiones expidió dictamen en el que la calificó con una pérdida de capacidad laboral del 54.33%, de origen común, y fecha de estructuración 25 de abril de 2014; solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de su pensión de invalidez, la cual fue negada mediante Resolución GNR 236148 del 4 de agosto de 2015, aduciendo que no acreditó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración; Internacional de Negocios S.A. se encuentra en proceso de liquidación judicial.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 91 a 100); en cuanto a los hechos aceptó el contenido del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral y la negativa a reconocer la prestación pensional; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Por auto del 24 de mayo de 2018 se ordenó continuar con el trámite únicamente respecto de Colpensiones, atendiendo que la sociedad Internacional de Negocios S.A. fue liquidada y su matrícula se encuentra cancelada desde el 3 de octubre de 2017 (fl. 131).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 163) en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la actora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que no se tuvo en cuenta el dictamen de calificación expedido por Colpensiones el 11 de septiembre de 2014, en el que se le asignó una pérdida de capacidad laboral del 54.33%; ya que únicamente se consideró el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca. Agregó que ha venido padeciendo artrosis degenerativa, la cual ha aumentado de manera progresiva su pérdida de capacidad laboral, aunado al trastorno mixto de ansiedad y depresión que ha desarrollado. Indicó que nada se dijo sobre su vínculo laboral con Internacional de Negocios S.A., quien incurrió en mora en el pago de aportes a

pensión, con los cuales completaría los requisitos para acceder a su pensión de invalidez.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la parte demandante en su recurso de apelación.

FECHA DE ESTRUCTURACIÓN

Pretende la demandante que se declare que la fecha de estructuración de su estado de invalidez es el 25 de abril de 2014, conforme lo estableció Colpensiones en el dictamen rendido el 11 de septiembre de 2014; y no la determinada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Pues bien, con miras a resolver el problema jurídico planteado, en primer lugar, cumple precisar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha explicado de manera reiterada que los dictámenes de las Juntas Regionales y Nacional de Calificación de Invalidez, no son pruebas solemnes, “de modo que pueden ser controvertidas ante los jueces del trabajo, quienes tienen competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida por aquellas” (sentencia SL1044-2019, con radicación 68074 del 20 de marzo de 2019). También explicó que, si para definir una determinada controversia se ve enfrentado a dos experticios disímiles, podrá escoger para fundamentar su decisión el que le merezca mayor credibilidad analizado dentro del conjunto de elementos probatorios con los que cuente, además, puede optar si lo considera menester, por ordenar un tercer dictamen dentro del marco de libertad probatoria que le asiste de conformidad con los artículos 51, 54 y 61 del CPT y SS (sentencia con radicado N° 35450 del 18 de septiembre de 2012).

Adicional a lo anterior, se hace preciso recordar que el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014 define la fecha de estructuración como “la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la

evolución de las secuelas que han dejado éstos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Adicionalmente, el artículo en mención establece que:

“Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral.”

Una vez precisado lo anterior, se adentra este Colegiado en el análisis probatorio, a fin de determinar la fecha de estructuración del estado de invalidez de la demandante.

Fue aportado el dictamen emitido el 11 de septiembre de 2014 por el área de medicina laboral de Colpensiones, en el que le asignó a Ernestina Salcedo de Botero una pérdida de capacidad laboral del 54,33%, con fecha de estructuración 25 de abril de 2014 (fls. 21 a 23); señalando como sustento de su decisión lo siguiente:

“PACIENTE DE SEXO FEMENINO DE 67 AÑOS; QUIEN LABORÓ POR 11 AÑOS EN SERVICIOS GENERALES HASTA HACE 3 AÑOS. CUADRO DE LARGA DATA DE DOLOR EN MIEMBROS SUPERIORES COMPATIBLE CON EPICONDILITIS, SINOVITIS Y SÍNDROME DE TÚNEL DEL CARPO DERECHO Y SÍNDROME DE MANGUITO ROTADOR DERECHO ORIGEN COMÚN, ADICIONALMENTE ARTROSIS GENERALIZADO PRINCIPALMENTE EN MANOS, RODILLAS, COLUMNA LUMBAR, ANTECEDENTE DE HTA ESTADIO 2. SE ESTRUCTURA CON EL CONCEPTO DE REUMATOLOGÍA DEL 25 DE ABRIL DE 2014”.

En el marco del presente proceso se practicó dictamen pericial por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, fechado 19 de julio de 2019, en el que se determinó una pérdida de capacidad laboral del 70,47%, con fecha de estructuración el 22 de mayo de 2019 (fls. 153 a 156); sustentando su decisión en los siguientes argumentos:

“Paciente en aceptables condiciones generales. Consciente y orientada en todas las esferas. Se desplaza por sus propios medios. Al examen de extremidades: Hombros con limitación de movimientos de flexión anterior y ABD a 80°. Paciente con deformidades articulares de manos principalmente a nivel de las articulaciones IFD(s) de 2° a 5° dedos de ambas manos. Otros movimientos de otras extremidades conservados. Rs Cs rítmicos. Murmullo vesicular presente. No edema.

DIAGNOSTICO hipotiroidismo - artrosis degenerativa - artritis reumatoide - Hipertensión Arterial - trastorno cognoscitivo leve - Aneurisma cerebral sin ruptura - otros síndromes de cefalea especificados - trastorno mixto de ansiedad y depresión - Síndrome del túnel del carpo bilateral - enfermedad del reflujo gastroesofágico.

EXÁMENES PARACLÍNICOS

22/05/2019 Rx de Manos Comparativas: Se observa disminución de los espacios articulares interfalángicos principalmente distales con mayor esclerosis, deformidad de los contornos y formación de osteofitos marginales a nivel del segundo, tercero y quinto dedos de la mano derecha y del segundo y quinto de la mano izquierda.

21/05/2019 EMG de MMSS: Estudio anormal compatible con una neuropatía compresiva sensitiva y motora del nervio mediano bilateral, confirmatorio de un síndrome del túnel del carpo grado III derecho y grado II izquierdo leve.

18/05/18 Prueba neuropsicológica: trastorno neurocognitivo no amnésico multidominio con algunos patrones subcorticales.

30/04/18 Angiotac cerebral: sin alteraciones.

07/17 TAC de cráneo: normal.

7/09/12 densitometría: osteoporosis.

28/03/12 ECK: hipertrofia concéntrica ventricular izquierda con función sistólica preservada FEVI: 60%

CONCLUSIÓN

De acuerdo con la documentación aportada y al análisis del caso, el Médico Ponente resuelva que la pérdida de capacidad laboral es de 70.47%

[...]

FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: 22/05/2019 (Rx de Manos Comparativas)”

Así, del estudio conjunto de las pruebas allegadas al proceso (art. 61 del CPT y SS), concluye la Sala que en el sub judice logró acreditarse que la fecha de estructuración del estado de invalidez de la accionante es el 22 de mayo de 2019, conforme se estableció en el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 19 de julio 2019. En efecto, en este último dictamen se analiza de manera completa y detallada la historia clínica de la demandante, tomando en consideración las alteraciones presentadas en el sistema cardiovascular, sistema digestivo, sistema endocrino, sistema nervioso central y periférico, así como las deficiencias por trastornos mentales y del comportamiento, y las alteraciones de las extremidades superiores e inferiores; aspectos que no fueron analizados en su totalidad en el dictamen rendido por Colpensiones el 11 de septiembre de 2014, omitiendo pronunciarse sobre patologías padecidas por la accionante, tales como “Aneurisma cerebral, sin ruptura”, “Enfermedad del reflujo gastroesofágico sin esofagitis”, “Otros síndromes de cefalea especificados”, “Trastorno cognoscitivo leve” y “Trastorno mixto de ansiedad y depresión”; las cuales resultan determinantes para establecer no sólo el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino también la fecha de estructuración del estado de invalidez; razón por la cual se desestima el dictamen emitido por la entidad de seguridad social aquí accionada.

En consideración a lo anterior, se confirmará la decisión recurrida en este punto.

PENSIÓN DE INVALIDEZ

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, es del caso señalar que la pretensión de la actora se circunscribe al reconocimiento de su pensión de invalidez, computando para el efecto los tiempos laborados con el empleador Internacional de Negocios S.A.

Conforme se estableció en precedencia, la fecha de estructuración del estado de invalidez de Ernestina Salcedo de Botero es el 22 de mayo de 2019. Ahora, la jurisprudencia laboral ha enseñado que las normas jurídicas que regulan el derecho a la pensión de invalidez son las que estén vigentes al momento en que se estructure dicho estado, lo que de suyo implica que el presente asunto debe ser analizado bajo los parámetros del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 modificatorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, el referido artículo 1° de la Ley 860 de 2003 preceptúa como presupuestos que el afiliado acredite haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración, situación que no demuestra la actora, pues desde el 22 de mayo de 2016 hasta los mismos día y mes del año 2019, no cotizó ninguna semana al sistema de seguridad social en pensiones, siendo su último aporte el realizado en el ciclo enero de 2012 (fls. 101 a 103), lo que en principio no daría lugar a reconocer el derecho pretendido, resultando irrelevante entrar a analizar si el empleador Internacional de Negocios S.A. incurrió en mora en el pago de aportes por los periodos comprendidos entre febrero y julio de 2012.

No obstante lo anterior, con el fin de minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley y proteger a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exigía la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubría la contingencia, la jurisprudencia nacional ha optado por acudir al principio de la condición más beneficiosa, según el cual la

*solicitud de reconocimiento pensional en caso de no cumplir con los requisitos legales vigentes al momento de la contingencia, se debe atender lo previsto en la norma anterior a la vigente, derogada, **siempre que se haya consolidado el derecho bajo aquella**, que para el presente caso lo es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, primigenio, por ser ésta la norma inmediatamente anterior a la Ley 860 de 2003, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia del 15 de marzo de 2011, radicación 42021.*

Sin embargo, en providencia proferida el 25 de enero de 2017 con radicación 44596, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia limitó temporalmente la aplicación de dicho principio, de modo que, con base en ese nuevo criterio, la condición más beneficiosa sólo puede ser analizada para eventos en los cuales la estructuración de la invalidez haya ocurrido entre el 26 de diciembre de 2003 -fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de ese año- y el 26 de diciembre de 2006. De modo que como la fecha de estructuración de la invalidez de Ernestina Salcedo de Botero es del 22 de mayo de 2019, esto es, después del 26 de diciembre de 2006, no hay lugar a analizar, bajo la nueva línea de pensamiento del órgano de cierre, el principio de la condición más beneficiosa, puesto que:

“Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la invalidez, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (26 de diciembre de 2003 - 26 de diciembre de 2006), el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional. No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

Es inocultable que si las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de manera abrupta o arbitraria, de ahí la razón de ser de la condición más beneficiosa, tampoco pueden permanecer inalterables como si fuesen unos derechos adquiridos. Dicho en breve: no se le puede otorgar el mismo tratamiento y protección a las expectativas legítimas que a los derechos consolidados.

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «porque

éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique”

Así, siguiendo los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia atrás citada, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

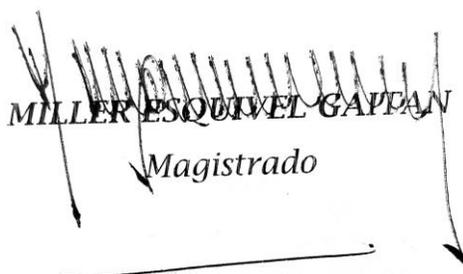
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL MARÍA CECILIA PAREDES IRAGORRI CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta.

AUTO

Reconócese personería a la Dra. Jacquelin Gil Puerto quien se identifica con la C.C. No 51.930.470 y T. P. No. 293.987 del CSJ como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido (fls 4 cuaderno Tribunal).

Notifíquese

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 9 de junio de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

María Cecilia paredes Irigorri, por intermedio de apoderado judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a la AFP Protección S.A., para que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS administrado por la AFP Protección S.A, por lo que no se realizó un traslado válido y se encuentra legalmente vinculada con Colpensiones en el RPM. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, como aportes y rendimientos; y a esta a recibirlos, así como a registrar y activar su afiliación en el RPM, y actualizar su historia laboral; lo extra y ultra petita; y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 4 a 7 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de septiembre de 1961 por lo que cuenta con 57 años de edad, se afilio cotizó al ISS desde el 28 de diciembre de 1984; se afilió al RAIS con la AFP Protección S.A. el 10 de febrero de 1997 y acumula un total de 1227 semanas cotizadas. Afirma que al momento de su traslado no se le informó por los asesores de la AFP le indicaron que recibiría una pensión superior y a más temprana edad que la del RPMPD pero sin indicar de qué manera; le aseguraron que el ISS se iba a acabar por lo que lo que más le convenia era trasladarse al fondo privado ya que podría perder los aportes; que no le informaron sobre las implicaciones de trasladarse de régimen, sobre la naturaleza de éste, las ventajas o desventajas de su traslado, los distintos escenarios comparativos de pensión, a pesar de que conocía del corto periodo de cotización en el RPM; tampoco sobre las ventajas o desventajas de permanecer el éste, no le indicó el plazo que tenía para retornar al régimen solidario con prestación definida; nunca recibió asesoría completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional y al obtener asesoría particular se dio cuenta que fue engañada y el 9 y 11 de octubre de 2018 presentó ante Colpensiones y la AFP, respectivamente, solicitud de nulidad de la afiliación o traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES -

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, dio contestación a la misma en

legal forma y dentro de término, mediante escrito obrante a folios 78 a 86 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos señaló que son ciertos los referentes a la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación y cotización al RPM, y la solicitud elevada el 9 de septiembre de 2018; en cuanto los demás señaló que no eran ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica.

A su turno la AFP Protección S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda, oponiéndose a los pedimentos formulados (folios 107 a 117 del expediente digitalizado), frente a los hechos aceptó como ciertos: los relacionados con la afiliación al RAIS ;, indicando que fue de manera libre y voluntaria, y la reclamación radicada ante esa entidad; en cuanto a los demás hechos señala que no son ciertos o no le constan, señalando que se brindó la información exigida. Propuso las excepciones de validez de la afiliación a Protección S.A., reasesoría pensional oportuna, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (audio adjunto al expediente digitalizado) a través de la cual absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora María Cecilia Paredes Irigorri y condenó en costas a la promotora.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación, indicando que es equivocada la conclusión del fallador de primer grado al establecer que no se demostró un perjuicio ya que con la

simulación de su pensión solicitada en 2018 comparada con ingreso base de cotización es ostensible que la prestación en el RPMPD es muy superior al que puede obtener en el RAIS, así mismo que no existía ningún vicio del consentimiento al haberse suscrito un formulario de afiliación, ya que la solicitud de nulidad se centra es en el deber de información no solo por acción, sino por omisión, lo que conlleva a la ineficacia de la afiliación, tal como lo ha señalado en varios pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, pues el engaño no solo se produce en lo que se afirma si no en los silencios del profesional que tiene el deber de proporcionar toda la información relevante para la toma de la decisión de la afiliación. Además la carga de la prueba está a cargo de la entidad demandada, y no se evidenció que la información suministrada a la actora fuera clara, experta y precisa y oportuna de la ventaja y desventaja del traslado de un régimen a otro, por lo que solicita se revoque la decisión apelada y se conceda las pretensiones formuladas.

C O N S I D E R A C I O N E S

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad propuestos por la parte demandante.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como preámbulo al análisis del problema jurídico planteado se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y

segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional.

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo “no le informaron sobre las implicaciones de trasladarse de régimen, sobre la naturaleza de éste, las ventajas o desventajas de su traslado, los distintos escenarios comparativos de pensión, a pesar de que conocía del corto periodo de cotización en el RPM; tampoco sobre las ventajas o desventajas de permanecer el éste, no le indicó el plazo que tenía para retornar al régimen solidario con prestación definida; nunca recibió asesoría completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional (...)”, son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “ las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y en sentencia del de abril 2019, explicitó que:

“Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo

48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, 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, de ilustración suficiente 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.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para que proceda el traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, ser beneficiario del régimen de transición o conocimientos especializados, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Así mismo es de puntualizar que en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, conforme lo ha reiterado la máxima corporación de justicia ordinaria laboral, “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya

declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).”

Pues bien, el representante legal de la demandada al absolver interrogatorio de parte, acepta que en los estatutos de la entidad se predica la obligación del deber de información sobre el RAIS y las modalidades de pensión, así mismo que existen programas de proyección de las pensiones indicando que en el caso de la demandante no fue posible realizarse por el número de semanas que en ese entonces tenía cotizadas, y solo cuenta con el formulario de afiliación como prueba del asesoramiento.

Por su parte la señora Paredes Iragorri al absolver interrogatorio de parte manifestó que al momento de su vinculación a la AFP Protección era funcionaria de Colsubsidio, y allí llegando asesores del Fondo y se dio una información general en la cual manifestaron que sus recursos estaban asegurados ante el rumor de que el ISS se iba a acabar y sus aportes se podían perder, se les ofreció una pensión muy elevada, ofreciendo un panorama esperanzador al final de su vejez y en razón de ello se afilia, confiando en la información ofrecida, se trataba de una buena decisión; no se le informó sobre la pensión que podría obtener, no recuerda que le hubiesen brindado información particular sino que fue generalizada para todos los trabajadores, tampoco que se le hubiese dado información sobre el RAIS, ni sobre las modalidades de pensión, y luego cuando pidió proyecciones a los abogados y a Protección, de la pensión observó que en el fondo privado la pensión era muy inferior en comparación a la que obtendría en Colpensiones, y fue cuando se dio cuenta del error del traslado, por lo que solicito su traslado al RPM el cual no fue atendido satisfactoriamente.

Así, una vez examinadas las pruebas adosadas al proceso, contrario a la conclusión a la que llegó el a quo con el simple análisis del interrogatorio de parte, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Protección al momento de acoger como afiliada a la accionante, le hubiese suministrado

información, veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, la AFP por intermedio de su asesor no se constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional, pues si bien aceptó haber recibido una información, ésta no fue sincera y acorde con realidad pensional, como este mismo lo señala en su interrogatorio.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 118 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de Protección S.A., conforme a lo analizado y el interrogatorio de parte no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen.

Inclusive, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 118 del expediente digitalizado, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones.

Aunado a lo anterior, contrario a lo concluido por el fallador de instancia en el sentido de que no estada demostrado un perjuicio frente al valor de la pensión que pudiera obtener en uno u otro régimen, con la documental aportada al proceso, concretamente con la solicitud de simulación de la prestación que podía obtener en Protección en documento del 10 de septiembre de 2018 se le indicó que podría ser de \$1.764.582, y al calcularla teniendo en cuenta el ingreso base de cotización es ostensible que la prestación que puede obtener en el RPMPD, es muy superior, por lo que la información ofrecida por la AFP fue equivocada y con ello surge un detrimento en la prestación que pueda obtener. Tampoco son de recibo los argumentos expuestos según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que la ignorancia de la ley no es excusa, pues como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo

establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado; como bien lo indicara el demandante al momento de sustentar su recurso. Sin dejar de lado que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad, y otros, los del derecho común, sin que éstos puedan regular los primeros.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; circunstancia que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS, incluidos los intereses causados, para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la promotora, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por María Cecilia paredes Irigorri con destino a la AFP Protección S.A., el 10 de febrero de

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

1997, con efectividad a partir del 1º de abril del mismo año (fl 130), ordenando a la AFP accionada el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales aportes.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable al demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por María Cecilia paredes Irigorri con destino a la AFP Protección S.A., el 10 de febrero de 1997, con efectividad a partir del 1º de abril del mismo año.

Segundo.- Ordenar a la a la AFP Protección S.A. el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una de las accionadas.

Las partes quedan notificadas en estrados.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
~~Magistrado~~


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARCELA GUTIERREZ QUEVEDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los trece (31) días de agosto de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 3 de julio de 2020, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

Marcela Gutiérrez Quevedo, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP Porvenir S.A. accionada en su deber de información y se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. En consecuencia, se ordene a la AFP

Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el total del capital que se encuentra en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, bonos o títulos pensionales a que hubiere lugar; y a esta última a activarla como afiliada en el RPMPD, recibir los dineros que le sean trasladados y contabilizarlos en su historia laboral. Así mismo pide que se condene a lo ultra y extra petita, y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 a 6 del expediente digital, en los que en síntesis se indica que: nació el 25 de enero de 1961, inicialmente estuvo afiliada a Cajanal y realizó cotizaciones desde el 1° de octubre de 1987 al 15 de febrero de 1993, posteriormente el 15 de julio de 1994 de afilió a la AFP Porvenir S.A. y en 1996 retorno al RPMPD con el ISS donde permaneció hasta el 25 de septiembre de 2000, pues en esa fecha se traslado a la RPMPD con la AFP Porvenir S.A., momento en cual sus asesores le manifestaron que lo mejor era trasladarse a esa entidad ya que el ISS se iba a liquidar y eso ponía en riesgos sus aportes al punto de perderlos. Señala que los asesores de la AFP no desplegaron ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía su traslado; se omitió brindarle información completa sobre el RAIS, y sobre la posibilidad de pensionarse en cada régimen, ni se hizo una proyección sobre la pensión que pudiera obtener y así tomar una decisión informada y consciente, como tampoco la posibilidad de retornar el RPMPD antes de cumplir los 47 años de edad; que en febrero de 2018 se le hizo por parte de la AFP la simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado arrojando una mesada pensional de \$1.291.100 mientras que al realizar el cálculo bajo el RPMPD, teniendo en cuenta el número de semanas y el promedio de los últimos 10 años, asciende a \$ 5.457.238, por lo es ostensiblemente más superior en este régimen. Finalmente indica que el 19 de junio de 2018 solicito a la AFP Porvenir anular su afiliación lo cual fue respondido en forma negativa; y presentó reclamación administrativa 21 de junio del mismo año ante Colpensiones solicitando la activar su afiliación en esa entidad y en respuesta de la misma fecha la entidad negó lo pedido.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 77 a 91 del expediente digital); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las fechas de nacimiento de la actora, de su traslado al RAIS, así como la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado a folios 157 a 177 del expediente digital, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra frente a los manifiesta que nos son ciertos y no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia del expediente digital y acta fls 191 a 194) en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A., consecuentemente no produjo efectos jurídicos y se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la señora Gutiérrez Quevedo, tales como cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales si los hubiere; y condenó a las demandadas por las costas del proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que la accionante tomó la decisión de cambiarse de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin

presiones; y que su afiliación cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que la actora ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años en los que se realizó aportes a pensión, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; así mismo existe la prohibición del retorno al régimen cuando le faltan menos de diez años para para pensionarse; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante.

Por su parte, Colpensiones argumenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna. Así mismo muestra su inconformidad frente a la condena en costas, señalando que, si bien se opone a la demanda lo hace con fundamento en la prohibición legal que tiene la demandante para reclamar el traslado de régimen y por eso se ha negado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo la AFP Porvenir presentó alegaciones en esta instancia, insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios; finalmente indica que de mantenerse la nulidad de la afiliación o traslado al volver las cosas a su estado inicial la obligación de la AFP corresponde al traslado de ellos aporte únicamente, ya que los rendimientos financieros son más elevados que los que pudiera recibir en el RPMPD, por lo que no se debe la restitución de esto y los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 59 años de edad, conforme se establece con la fotocopia de la cédula de ciudadanía incorporada en el folio 14; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 13 de octubre de 2000 (fl.174), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento expuesto por Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP

demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "no desplegaron ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía su traslado; se omitió brindarle información completa sobre el RAIS, y sobre la posibilidad de pensionarse en cada régimen, ni se hizo una proyección sobre la pensión que pudiera obtener y así tomar una decisión informada y consciente, como tampoco la posibilidad de retornar el RPMPD antes de cumplir los 47 años de edad", son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

Acerca del derecho de información a cargo de la AFP para la validez del traslado de régimen pensional la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, criterio que fue ratificado en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292, en sentencia del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, 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, de ilustración suficiente 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.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinguos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido en septiembre de 1994. Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común, sin que éstos regulen aquél.

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que a su oficina en la universidad donde trabajaba llegó una asesora de Porvenir S.A. y de manera general junto con otras personas les dijo que el ISS se iba

a acabar ya que lo iban a liquidar, por lo que les convenía pasarse al fondo privado ya que, de no hacerlo, perderían todo lo aportado; también les informó que en el ISS, no accedería a los ahorros o la pensión; que la información fue de manera grupal y no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro individual y posteriormente no tuvo ninguna información por parte de la AFP y si bien le enviaban reportes de sus aportes ninguna asesoría o información adicional le dieron; finalmente indica que hubo engaño al momento de la afiliación porque le dijeron que su pensión iba a ser superior a la que pudiera obtener en el RPMPD y a más temprana edad, lo cual no es cierto, por lo que fue mala o nulo el asesoramiento dado, tampoco se le informó sobre la posibilidad de regresar al seguro social.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Porvenir S.A. al momento de acoger como afiliada a la actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 179 del expediente digital y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional.

Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 179, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado. Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa. Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Porvenir S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, pues se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo. Al respecto, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente;

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias SC9184-2017 y SC13021-2017, de 28 de junio y 25 de agosto de 2017, respectivamente.

circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la demandante en el momento de su traslado de régimen pensional, se confirmará la decisión apelada y consultada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, en lo que a la condena en costas refiere, no es viable su revocatoria, puesto que a lo largo del proceso se ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses, es una deber objetivo.

Así, pues, el artículo 365 del CGP, que regula la materia señala:

“(...)

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a la que se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, súplica, queja, anulación o revisión que haya propuesto. (...)

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por lo tanto, se mantendrá la condena de la primera instancia.

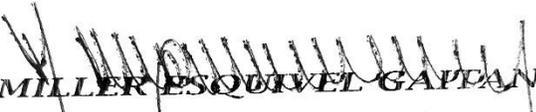
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

Notifíquese en forma legal y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado