

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 LUÍS CARLOS SAAVEDRA CANDELO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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.

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Aida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con la C.C. No 37.627.008 y T. P. No. 317.120 del CSJ como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido (fls 141 vuelto).

Notifíquese

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 9 de julio de 2020, por el Juzgado Veintiocho 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

Luís Carlos Saavedra Cándelo, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. para que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Protección S.A. realizado el 1° de abril de 1997, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se ordene su retorno, sin solución de continuidad, con los respectivos aportes pensionales al RPMPD administrado por Colpensiones; junto con lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4, en los que en síntesis se indica que: nació el 16 de julio de 1962; se afilió y cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 21 de octubre de 1982 hasta el 31 de marzo de 1997, cuando se trasladó del RPMPD al RAIS con la AFP Protección S.A., pero fue engañado ya que el funcionario de la AFP le manifestó que el Seguro Social estaba en crisis económica y se iba a acabar por lo que perdería sus aportes a pensión y lo mejor era trasladarse al fondo privado donde tendría una pensión de mayor valor y mucho antes que en el RPMPD, sin realizarle una proyección de la prestación pensional; nunca se le informó de las consecuencia o perjuicios que podía ocasionar la decisión de trasladarse: tampoco se le informó adecuadamente sobre los términos y condiciones para adquirir su derecho pensional, es decir no se le dio una información detallada, completa, oportuna y precisa sobre el cambio de régimen, aunado que hubo presión de su patrono con el argumento de que no obtendría un préstamo que en ese momento necesitaba, si los trabajadores no se afiliaban al fondo privado; y que presentó la

correspondiente reclamación solicitando la nulidad de su traslado de régimen.

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. 41 a 50 vuelto); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y a la afiliación y cotización al ISS por el periodo indicado; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A su turno, Protección S.A. dentro de término y en legal contestó la demanda en escrito incorporado a folios 96 a 101, en el que se opuso a las pretensiones formuladas; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y el traslado de régimen con esa AFP indicando que la suscripción del formulario fue el 5 de marzo de 1997, con efectividad desde el 1° de abril del mismo año; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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 (C.D. fl. 127), en la que declaró la nulidad del traslado del demandante del RPMPD al RAIS, efectuado el 5 de marzo de 1997 con efectividad desde el 1° de abril del mismo año y consecuentemente como afiliación válida la realizada al RPMPD administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos los frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración y seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Saavedra Cándelo, y a Colpensiones a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Así mismo declaró no probadas las excepciones propuestas y a condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Protección S.A. pide que se revoque lo relativo a la devolución de los gastos de administración, por cuanto estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993, por la buena administración de la cuenta de ahorro individual del afiliado, generando altos rendimientos.

Por su parte, Colpensiones argumenta que no es procedente la nulidad, sino la ineficacia del traslado, toda vez que la pretensión principal de la demanda, va encaminada a lograr la declaratoria de la ineficacia del traslado, por lo que, al declarar la nulidad, se está vulnerando el debido proceso de la entidad, pues no tuvo la oportunidad de defenderse respecto de ésta pretensión; que la carga de la prueba estaba en cabeza del demandante, quien debía demostrar los hechos alegados en el libelo inicial, lo cual no hizo. Agregó que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; y que la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional afecta la sostenibilidad financiera del sistema, en la medida que esa administradora deberá sufragar unos gastos que no tenía previstos, afectando los derechos de otros afiliados.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo Colpensiones presentó alegaciones en esta instancia, insistiendo que se revoque la decisión de primera instancia, señalando que no resulta procedente declarar que es nula la afiliación suscrita entre el demandante y la AFP Protección ya que dentro del proceso obran elementos de prueba que conducen a establecer que este se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el asesor del Fondo brindó la correspondiente información respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, sin que se hubiese demostrado vicios de consentimiento, aunado que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, art. 2° de trasladarse por cuanto le faltan menos de 10 años para obtener su derecho pensional y la orden de traslado afecta la estabilidad financiera del sistema.

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 de las inconformidades planteadas 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 el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM 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 el demandante cuenta con 58 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl. 9); sin embargo, la corporación reitera que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de

traslado realizado el 5 de marzo de 1997, con efectividad desde el 1° de abril del mismo año, 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 - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), pues es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a Protección S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, Protección S.A. presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, ya que en similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “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)." (SL 3463-2019)

Pues bien, 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 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 Protección 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 del 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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección 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

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.

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; 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 al demandante en el momento de su traslado, 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 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.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
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 LUIS DANIEL MONTERO PIRAQUIVE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 28 de noviembre de 2019, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Luis Daniel Montero Piraquive, por medio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago del incremento

pensional del 14% por persona a cargo, a partir del 1° de diciembre de 1998; junto con la indexación de las sumas, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis indica que: mediante Resolución N° 015614 de 1998 el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de diciembre de 1998, como beneficiario del régimen de transición; contrajo matrimonio con María Eunice Betancur de Montero el 8 de diciembre de 1971, con quien ha convivido desde esa fecha, compartiendo techo, lecho y mesa; su cónyuge no trabaja, no es pensionada y tampoco posee renta o ingreso económico fijo; el 22 de septiembre de 2018 solicitó ante Colpensiones el pago del incremento pensional por persona a cargo, obteniendo respuesta negativa.

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. 27 a 31); en cuanto a los hechos aceptó la calidad de pensionado del demandante, y la negativa a reconocer el incremento pensional por persona a cargo; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y la innominada.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 39) en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; condenando en costas al actor.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL ACTOR

No es objeto de debate la condición de pensionado por vejez que ostenta el demandante, la cual fue adquirida mediante Resolución N° 015614 del 30 de noviembre de 1998, en la que el ISS le reconoció el derecho pensional a partir del 1° de diciembre de 1998, con una mesada en cuantía inicial de \$626.784.00, conforme a los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición (fl. 17).

INCREMENTO PENSIONAL - VIGENCIA

Al momento de reconocimiento de la pensión de vejez al actor estaba vigente la Ley 100 de 1993, que no contempla los incrementos pensionales por persona a cargo, y cuyo artículo 289 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Así, si bien el promotor de la litis fue beneficiario del régimen de transición consagrado en dicho estatuto, por lo que la pensión se le concedió conforme a lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, esto no significa que los incrementos por persona a cargo tengan viabilidad, ya que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solamente se aplica en lo que hace a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión (porcentaje) respecto del régimen anterior “las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”, precisando que la norma reguladora es el mentado artículo 36, el que se debe utilizar íntegramente conforme al principio de inescindibilidad, mas no el régimen anterior, porque es aquel el que permite el

empleo de la regulación pasada en los términos ya referidos. De ahí, que las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, no tienen derecho a los incrementos por persona a cargo.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019, dilucidó las discrepancias de algunas salas de revisión sobre el punto, y concluyó que:

“...salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 (sic) desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015...”

Con lo que se busca asegurar la unidad de interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico en condiciones de igualdad y para mantener la seguridad jurídica, valor trascendental en la vida en sociedad. Tampoco es pertinente acoger el principio de favorabilidad, para decidir la controversia planteada, dado que no existen dos normas que consagren el derecho a los incrementos pensionales o duda sobre cuál se debe aplicar (Art. 21 CST), es únicamente el mentado artículo 36, por lo que, en los aspectos no vislumbrados, se entiende derogados, como ya de puntualizó.

Acorde con el anterior criterio y atendiendo a que en el caso que nos ocupa la pensión de vejez que fue reconocida al actor tiene como fecha de causación el 1° de diciembre de 1998, a través de la Resolución N° 015614 del 30 de noviembre de ese mismo año, bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (fl. 17), es patente que el accionante no tiene derecho a los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues no se encontraban vigentes para la fecha en que causó la pensión de vejez, imponiéndose confirmar 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 consultada.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese legalmente a las partes 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 DE LUZ MARINA ESPINOSA GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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 al abogado Felipe Alberto Granados Preciado, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.018.418.797 y tarjeta profesional No. 222.106 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado 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 de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 21 de julio de 2020, por el Juzgado Quince

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

Luz Marina Espinosa Gómez, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su cónyuge Pablo Enrique Espinosa Orjuela, a partir del 20 de julio de 1998, en aplicación del principio de condición más beneficiosa; junto con los intereses moratorios o en su defecto la indexación de las sumas, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: contrajo matrimonio con Pablo Enrique Espinosa Orjuela el 8 de enero de 1977, con quien convivió hasta la fecha de su deceso ocurrido el 20 de julio de 1998; Espinosa Orjuela se encontraba afiliado al ISS, donde cotizó más de 300 semanas antes del 1° de abril de 1994; reclamó ante el ISS el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, obteniendo respuesta negativa a través de la Resolución N° 019061 de 2000, mediante la cual se le otorgó la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes.

Por auto del 28 de marzo de 2019 se ordenó vincular como intervinientes ad excludendum a Luz Yineth y Yamir Espinosa Espinosa, hijos del causante (fl. 24).

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. 32 a 36). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto los relacionados con el total de semanas cotizadas por el causante a 1° de abril de 1994, y su convivencia con la actora. Como medios de defensa propuso

las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, y la genérica.

Por su parte, los vinculados manifestaron “que no presentarán ningún tipo de solicitud respecto de la prestación reclamada por la demandante, y que en nuestro concepto no cumplen con los requisitos para ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes” (fl. 27).

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 (C.D. fl. 70) en la que condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora, en aplicación del principio de condición más beneficiosa, la pensión de sobrevivientes que dejó causada su cónyuge, a partir del 20 de julio de 1998, en cuantía inicial de \$360.010.00. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales generadas con anterioridad al 5 de febrero de 2016, momento en el cual la mesada ascendía a la suma de \$1.015.635.00; valor que se debe pagar con los reajustes anuales y por 14 mensualidades. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo el valor de \$5.598.100.00, entregado y pagado a título de indemnización sustitutiva. Autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud. Absolvió de las restantes pretensiones; condenando en costas a la entidad de seguridad social accionada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación: el extremo demandante solicita que se condene al pago de los intereses moratorios o, en su defecto, a la indexación del retroactivo pensional, a fin de contrarrestar la devaluación de la moneda.

Por su parte, Colpensiones petitiona que la suma de \$5.598.100.00, que se autorizó descontar del retroactivo, se indexe al momento en que se realice el reconocimiento pensional, para así mantener el poder adquisitivo de la moneda. Adicionalmente, solicita que se revoque la condena en costas, toda vez que su negativa a reconocer la pensión de sobrevivientes se sustentó en la normatividad vigente para ese momento.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte actora manifiesta que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al amparo del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de condición más beneficiosa; agregando que su calidad de beneficiaria fue reconocida por Colpensiones. Asimismo, insiste en el reconocimiento de los intereses moratorios.

De igual manera, Colpensiones presentó alegaciones en esta instancia señalando que la norma aplicable es la Ley 100 de 1993 y que no se cumplen los presupuestos allí establecidos para acceder al reconocimiento de la prestación reclamada.

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 planteados por las partes al momento de sustentar sus recursos, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A COLPENSIONES

Se encuentra acreditado en el proceso que Pablo Enrique Espinosa Orjuela ostentaba la calidad de afiliado al ISS, hoy Colpensiones, según dan cuenta

la Resolución N° 019061 del 25 de septiembre de 2000 (fl. 14) y el reporte de semanas cotizadas (fls. 17 y 18); afiliado que falleció el 20 de julio de 1998, conforme se establece con el registro civil de defunción (fl. 12).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

Solicita la demandante el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de condición más beneficiosa, por acreditar los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Así las cosas, en lo que hace al mencionado principio, cumple resaltar que la norma con base en la cual se debe resolver una controversia referida al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha del deceso del causante afiliado o pensionado, como lo ha adoctrinado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, entre otros en la sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 42193; que para el caso sería el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, que estableció como requisitos para el reconocimiento respectivo: “a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte”, o “b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte”. Encontrándose el de cujus en este segundo supuesto; empero, al revisar su historia laboral encuentra la Sala que en el año inmediatamente anterior al deceso tan sólo cotizó 9 semanas.

No obstante, 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, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ella debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse. Así, que si no se cumple con los requisitos vigentes al momento del deceso (Ley 100 de 1993 en su redacción

original), se debe atender lo previsto en la norma derogada, siempre que se haya consolidado el derecho, que para el presente caso lo es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, por ser ésta la norma **inmediatamente** anterior, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “dicho principio no se constituye en una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cuál se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia el futuro.”¹; posición recientemente reiterada en la sentencia SL1938 del 10 de junio de 2020, con radicado N° 70924.

En este orden de ideas, se tiene que los artículos 6° y 25 del referido acuerdo exigían haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al fallecimiento, o 300 semanas en cualquier época.

Las reglas y principios orientadores relacionados con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, cuando el causante muere en vigencia de la Ley 100 de 1993 original, fueron sintetizados por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4150 del 24 de septiembre de 2019, en la que rememora las sentencias SL11548 de 2015, SL29042 del 26 diciembre de 2006 y la SL28893 del 4 de diciembre de 2006, en los siguientes términos:

“1) Las 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez, y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir, 1 de abril de 1994.

2) Los afiliados que fallecieron entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000, debieron haber dejado acreditadas 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, e igualmente esa misma densidad dentro de los 6 años anteriores a su deceso, sumatoria que se contará desde el momento de la defunción, hacia atrás, permitiendo en todo caso, la suma de semanas cotizadas tanto antes como después de la Ley 100 de 1993.

3) Los afiliados que murieron después del 31 de marzo de 2000, como en el presente caso, debieron reunir 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al 1 de abril de 1994, y esa misma densidad, entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2000.”

Significa lo anterior, que la actora debió demostrar que el causante tenía cotizadas al ISS 300 semanas en cualquier época antes del 1° de abril de

¹ Ver entre otras la sentencia del 30 de abril de 2014, rad. 57442 (MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz), 27 de agosto de 2008, rad. 3315 (MP Luis Javier Osorio López); 21 de julio de 2010, rad. 41676 (MP Gustavo José Gnecco Mendoza); 5 de abril de 2011, rad. 40492 (MP Jorge Mauricio Burgos Ruíz); 6 de diciembre de 2011, rad. 49291 (MP Luis Gabriel Miranda Buelvas); 10 de julio de 2013, rad. 41619 (MP Elsy del Pilar Cuello Calderón).

1994 (fecha en que entró en vigor de la Ley 100 de 1993), o 150 en los 6 años anteriores a esa precisa data, y de cumplirse este último requisito, era menester también que el asegurado fallecido tuviese esa misma densidad de semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de su muerte.

Establecido lo anterior, verifica la Sala que, con anterioridad al 1° de abril de 1994, el causante tan sólo acreditó 283.57 semanas cotizadas; que resultan insuficientes para acceder al derecho pretendido. Sin embargo, atendiendo al segundo de los supuestos antes planteados, también se observa que esas 283.57 semanas las cotizó en los 6 años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que en los 6 años previos a su muerte cotizó un total de 252.42 semanas. De lo que se concluye que Pablo Enrique Espinosa Orjuela dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad.

Ahora, la condición de beneficiaria de la demandante fue aceptada por el ISS, hoy Colpensiones, en la Resolución N° 019061 del 25 de septiembre de 2000, mediante la cual le otorgó la indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes (fl. 14); encontrándose acreditado en el sub examine que el 8 de enero de 1977 Luz Marina Espinosa Gómez y Pablo Enrique Espinosa Orjuela contrajeron matrimonio, conforme se establece con el registro civil de matrimonio (fl. 13), y de dicha unión procrearon cuatro hijos de nombres William Alonso, Jeovany Orlando, Yamir y Luz Yineth Espinosa Espinosa.

Por lo que no cabe duda para la Sala que a la actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes que reclama por la muerte de su cónyuge, al amparo de la condición más beneficiosa; imponiéndose confirmar la decisión de primer grado en este punto.

En cuanto al monto de la prestación, se observa que el IBL calculado por Colpensiones asciende a la suma de \$631.597.00, que al aplicarle una tasa reemplazo del 57%, de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, se obtiene una mesada en cuantía inicial de \$360.010,29, a partir del 20 de julio de 1998, la cual debe ser pagada en 14 mesadas pensionales al año; y frente al retroactivo causado se autoriza realizar los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la

pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015); como acertadamente lo concluyó el a quo.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el sub examine el derecho pensional se causó el 20 de julio de 1998, la accionante reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes el 13 de enero de 1999, obteniendo respuesta negativa por parte de la entidad de seguridad social accionada mediante Resolución N° 019061 del 25 de septiembre de 2000 (fl. 14), y la demandada se radicó el 5 de febrero de 2019 (acta de reparto, fl. 22); por lo que es claro que se encuentran prescritas las mesadas causadas con

anterioridad al 5 de febrero de 2016; como en efecto lo concluyó el juez de primer grado.

INTERESES MORATORIOS

En cuanto a la procedencia de los intereses moratorios, ha sido posición reiterada que estos son viables cuando la pensión tiene su origen o fuente legal en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, como en el presente asunto.

Así, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 consagra que:

“A partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratoria vigente en el momento en que se efectúe el pago.”

De ahí, que si la entidad llamada a reconocer la pensión lo hace tardíamente debe pagar, además de ésta, los intereses moratorios a la tasa máxima vigente al momento de realizarse el pago. Ahora, tratándose de pensiones de sobrevivientes la ley 717 de 2001 dispone en su artículo 1º: “El reconocimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el petitionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.”

Bajo los anteriores derroteros, al haber solicitado Luz Marina Espinosa Gómez el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 13 de enero de 1999 (fl. 14), la prestación debió ser otorgada a más tardar el 13 de marzo de 1999, por lo que al no haber procedido al reconocimiento, la demandada Colpensiones incurrió en mora y, por tanto, deberá pagar los intereses moratorios causados; sin que sea dable argumentar que su negativa se encontraba plenamente justificada, pues, tal y como lo ha adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia “para que nazca el derecho a la cancelación de los intereses de mora consagrados en el citado precepto legal, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad llamada a reconocer la pensión a su cargo, y que por tanto tales intereses no están sujetos a miramientos, condiciones o requisitos diferentes a ese mero incumplimiento” (sentencia del 15 de agosto de 2006, rad. 27540).

En consecuencia, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional causado, desde el 5 de febrero de 2016, pues recuérdese que con anterioridad a esta fecha operó el fenómeno de la prescripción, y hasta que se verifique el pago de las mesadas adeudadas. Razón por la cual se revocará de sentencia apelada en este tópico.

INDEXACIÓN DEL DESCUENTO

La inconformidad planteada por Colpensiones en su apelación se centra en que, si bien se autorizó descontar los \$5.598.100.00 pagados a la actora por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, no se dispuso que dicha suma se indexara previo al descuento.

Para resolver lo pertinente, cumple recordar que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, y ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor. Así es oportuno rememorar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991:

“ Con apoyo en la perceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la

jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”

Como en el caso estudiado a la actora se le pagaron \$5.598.100.00 en el año 2000 por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes, dicho valor deberá ser actualizado al momento en que se realice el descuento del retroactivo por parte de Colpensiones; razón por la cual se adicionará la decisión de primera instancia en este sentido.

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 derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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 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.- Revocar el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar a Luz Marina Espinosa Gómez los intereses moratorios causados sobre el retroactivo pensional adeudado, a partir del 5 de febrero de 2016 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

Segundo.- Adicionar el ordinal tercero de la parte resolutive de la decisión de primer grado, en el sentido que los \$5.598.100.00 pagados a la actora por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de sobrevivientes deberán indexarse al momento de realizar el descuento por parte de Colpensiones sobre el retroactivo adeudado.

Tercero.- Confirmar en lo demás la decisión de primer grado.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPEAN
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 NUBIA ESPEZANZA MONTAÑO LARA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LAS AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL S.A Y PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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.

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Olga Bibiana Hernández Téllez quien se identifica con la C.C. No 52.532.969 y T. P. No. 228.020 del CSJ como apoderada judicial la AFP Protección, en la forma y para los efectos del poder general conferido; a la Dra. Sandra Viviana Fonseca Correa identificada con la C.C. No 53.177.012 y T. P. No. 169.079 del CSJ como apoderada judicial de la AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A., en los términos del poder general conferido; y a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes identificada con la C.C. No 37.627.008 y T. P. No. 221.228 del CSJ como apoderada judicial de Colpensiones, en los términos del poder general conferido.

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP contra la sentencia proferida el 1° de julio de 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

ANTECEDENTES

Nubia Esperanza Montaña Lara, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y las AFP Porvenir S.A., Old Mutual S.A. y Protección S.A., para que se declare la ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. dada la omisión en el deber de información, así como la nulidad e ineficacia de traslado entre fondos y se disponga su regreso automático al RPMPD. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. como última administradora a la que se encuentra afiliada, a trasladar a Colpensiones todos los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación en el régimen de prima media sin solución de continuidad desde el 11 de marzo de 1987. Asimismo, se condene por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 65 a 68, en los que en síntesis se indica que: se afilió al ISS el 11 de marzo de 1987 y cotizó un total de 659,71 semanas; se trasladó al RAIS por intermedio de la AFP Porvenir S.A. previa suscripción de formulario de afiliación realizada el 8 de agosto de 2000 y en la actualidad se encuentra afiliada a la AFP Protección S.A. Señala que el asesor de Porvenir S.A. no le dio información, clara, detallada y suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios o inconvenientes de continuar el RPMPD; no se le indicó las condiciones para pensionarse en cada régimen, ni ilustración clara y comprensible sobre las condiciones del derecho pensional, como tampoco de las ventajas o desventajas que podría generar su traslado, ni sobre el derecho de retracto y por el contrario le infundieron

miedo de no poder pensionarse en el régimen que venía vinculado debido a que el ISS d se iba a acabar y ofreciéndole mejores beneficios como que se podría pensionar con una mesada muy superior y a cualquier edad sin explicar las afectaciones sobre su mesada pensional; que posteriormente se movilizó a la AFP Skandia Pensiones y Cesantías hoy Old Mutual S.A. y a Protección S.A. donde tampoco se le brindó la información detallada de las consecuencias de su traslado, información alguna sobre capital necesario que requería para poder pensionarse y se le hizo ofrecimiento de mejores condiciones de rentabilidad para trasladarse entre fondos y que actualmente cuenta con 1471 semanas cotizadas. Finalmente indica que presentó reclamaciones ante las demandadas el 15 y 16 de noviembre de 2017, respectivamente y estas le ofrecieron respuesta negativa.

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. 134 a 142 del expediente); en cuanto a los hechos aceptó su inicial vinculación al ISS y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y no le constan. Propuso como excepciones las que denominó: prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Old Mutual, en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 100 a 117); frente a los hechos admitió los relacionados con el traslado de la demandante al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. conforme a la historia laboral; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, la genérica y pago..

Igualmente, la AFP Protección S.A. una vez notificada, dio respuesta en legal forma y oportuna oponiéndose a los pedimentos formulados (fls. 165 a 1274); frente a los hechos aceptó que la actualidad la demandante se encuentra afiliada a esa AFP y que cuenta con más de 1.471 cotizadas

durante su vida laboral; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

La demandada AFP Porvenir a pesar de haber sido notificada en legal forma, no dio respuesta oportuna a la demanda, por lo que el Juzgado de conocimiento la tuvo por no contestada en auto del 25 de septiembre de 2019 (fls 201 a 203)

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 y acta anexos el expediente fl. 204 a 206) en la que declaró nulo e ineficaz el traslado al RAIS realizado por Nubia Esperanza Montaña Lara con la AFP Porvenir S.A., que se hizo efectivo a partir del 1° de octubre de 2000 y como válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia ordenó a La AFP Protección S.A. como última entidad en pensiones a la que se encuentra afiliada a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular demandante, junto con los rendimientos y los costos cobrados por gastos de administración, durante el tiempo que permaneció en dicho régimen. Así mismo condenó a las demandadas AFP Skandia S.A hoy Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores descontados por gastos de administración durante la permanencia en ellas; y a Colpensiones que una vez ingresados los dineros, actualice la historia laboral de la promotora, declaró no probadas las excepciones propuestas y condeno a las demandadas AFPs por las costas del proceso y agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las AFP demandadas interpusieron recurso de apelación.

La AFP Porvenir S.A. concreta su inconformidad frente a las condenas por gastos de administración y las costas que le fueron impuestas; en cuanto al primer aspecto fundamenta su inconformidad frente a la decisión del a quo indicando no resulta viable la orden de la devolución los gastos de administración, ya que no es la última entidad a la cual estuvo afiliada la demandante y estos se generaron por la buena gestione en el manejo de la cuenta de ahorro individual de esta, la cual incluso produjo rendimientos financieros. En relación con las costas señala que no debieron ser impuestas y que el valor ordenado por el juez de primera instancia como agencias en derecho resulta exagerado.

La AFP Skandia hoy Old Mutual S.A., de igual manera reprocha la condena por los gastos de administración indicando que estos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues alega que conforme al Decreto 2555 de 2010, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta. Así mismo indica que no se debió condenar en costas en la suma impuesta ya que esta resulta exagerada

Por su parte, Protección S.A. apeló la decisión de primer grado únicamente frente a la devolución de los gastos de administración, señalando que estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993, que autoriza a las entidades de seguridad social en pensión a descontarlos y estos se generaron por la

buena administración de la cuenta de ahorro individual que generó rendimientos financieros a sus aportes. De igual manera se duele de la condena por las costas y agencias en derecho indicando que la suma dispuesta por el fallador de instancia resulta muy exagerada.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, señalando que la decisión de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, ya que dentro del proceso se encuentra demostrado la falta de la AFP Porvenis S.A. en el deber de información al momento de su traslado de régimen pensional y se la decisión se encuentra ajustada al reiterado criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia (fls 210 y 211).

También lo hizo la AFP Protección, indicando que todas las actuaciones de esa AFP han estado precedidas de buena fe y legalidad y todos sus afiliados lo han hecho de manera libre y voluntaria y sus formularios de afiliación cumplen con los preceptos legales establecidos en el Decreto 692 de 1994; que el demandante tuvo diferentes oportunidades para retornar al RPMPD y no lo hizo y no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto el actor actualmente se encuentra afiliada a Colfondos S.A., además, estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993 (217 a 220)

La AFP Old Mutual S.A. en su alegaciones pide apartarse del criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el deber de información que deben suministrar las AFP a los afiliados del RAIS, indicando que esta 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 las AFP o de sus funcionarios. Insiste en que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, por cuanto estos estar dispuestos en la ley 100 de 1993 y tienen destinación específica, aunado a que por parte de esa entidad se dio una buena administración de la cuenta de ahorro individual del afiliado, generándole rendimientos financieros, por lo que se debe revocar la decisión de primera instancia.

Colpensiones de igual manera presentó alegaciones, insistiendo que se revoque la decisión de primera instancia, señalando que no resulta procedente declarar que es nula la afiliación suscrita entre el demandante y la AFP Protección ya que dentro del proceso obran elementos de prueba que conducen a establecer que este se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el asesor del Fondo brindó la correspondiente información respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, sin que se hubiese demostrado vicios de consentimiento, aunado que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, art. 2° de trasladarse por cuanto le faltan menos de 10 años para obtener su derecho pensional y la orden de traslado afecta la estabilidad financiera del sistema.

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 planteados por las demandadas AFP en sus recursos de apelación, los que se concretan a la devolución de gastos de administración y las costas; y en consulta frente aquellas condenas que la afectan y que no fueron apeladas.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las alegaciones planteadas por Colpensiones, en lo referente a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM 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 57 años de edad, conforme se establece con la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 4 y 5); sin embargo, la corporación reitera que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 8 de agosto de 2000, con efectividad desde el 1° de octubre del mismo año (fls 41 y 178), 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.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Porvenir S.A. quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, lo cual no ocurrió así, al punto que ni siquiera dio contestación a la demanda a pesar de haberse notificada en legal forma. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a Porvenir S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de ninguna de las administradoras, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión, ya que los únicos motivos de controversia que estas alegan en los recursos, es lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, es de precisar que estas tiene

consecuencias similares. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “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).” (SL 3463-2019)

Ahora, 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 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; 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 Protección 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 del demandante.

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.

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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección 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, ya que 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; 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, por lo que no son de recibo las alegaciones de Colpensiones en este último aspecto.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, 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 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.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente frente al punto de inconformidad que presenta las AFPs demandadas, en lo que a la condena en costas refiere, éstas son 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.

Así, 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. (…)”.

En efecto, al prosperar las pretensiones de quien provocó la controversia, y resultar vencida las demandadas las AFP Porvenir S.A., y Old Mutual y Protección S.A., deben asumir el pago de las costas causadas dentro del proceso, sin que tenga que realizarse más consideraciones, pues el legislador al regular lo relativo a costas lo hizo con criterio objetivo, esto es, simplemente imponer su pago a quien fuera vencido en el proceso, al que se le resulta desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, revisión o anulación, sin ninguna estimación subjetiva. De ahí, que se deba confirmar la decisión del a quo. No sin antes advertir que en cuanto al monto de las agencias en derecho fijadas por el fallador de instancia, no es esta la oportunidad para controvertirlas y pronunciarse sobre este particular.

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,

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Notifíquese y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
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 CARLOS EDUARDO GUTIÉRREZ PALACIOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 4 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos 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.

A N T E C E D E N T E S

Carlos Eduardo Gutiérrez Palacios, por medio de apoderada 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 y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la

omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales junto con sus rendimientos; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, activar su afiliación, y proceder con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros de los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993. Asimismo, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 27 de noviembre de 1956; inicialmente se afilió al ISS, donde cotizó aproximadamente durante 10 años; en 1995 se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir S.A, administradora a la cual se encuentra afiliado en la actualidad; en el año 1995 fue visitado por los asesores de la AFP accionada quienes le informaron que trasladándose al RAIS se podría pensionar a cualquier edad y con una mesada más alta, pero no le explicaron cómo; tampoco se le ilustró sobre la forma en que estaba diseñado el RAIS, ni sobre las incidencias pensionales negativas que le generaría el traslado; en el año 2018 recibió el cálculo de la mesada pensional que se le pagaría al cumplir los 62 años de edad, la cual correspondería a una pensión de garantía mínima; esto constituye un detrimento frente a lo que podría percibir en el RPMPD; el 24 de octubre de 2018 agotó la reclamación administrativa ante Colpensiones.

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 en su contra (fls. 53 a 67); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, y el agotamiento de la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través del escrito incorporado de folios 81 a 89, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, 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 (C.D. fl. 132) en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 5 de octubre de 1995; condenando a esta última a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos, gastos de administración y el bono pensional, si a ello hubiere lugar. Ordenó a Colpensiones a recibir nuevamente al accionante como su afiliado, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba antes del traslado. Declaró que el demandante tiene causado el derecho a una pensión de vejez en el RPMPD conforme a los artículos 33 y 34 de la Ley 100 de 1993, modificados por la Ley 797 de 2003, cuyo disfrute está supeditado al retiro del sistema y al cálculo que efectúe Colpensiones, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que el traslado del régimen pensional del actor se realizó en cumplimiento de las normas vigentes para ese

momento y que el formulario de afiliación fue firmado de manera libre, espontánea, voluntaria y sin presiones. Agregó que el demandante incumplió sus obligaciones como consumidor financiero y que durante el tiempo de afiliación a esa AFP nunca mostró su intención de retornar al RPMPD, por el contrario, ha realizado actos tendientes a demostrar que se encuentra en el RAIS por voluntad propia. Añadió que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, y su retorno al RPMPD afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Por último, solicitó que no se condene a la devolución de los gastos de administración ni los rendimientos, por cuanto estos se causaron por la buena gestión de la AFP.

Por su parte, Colpensiones solicita que no se le condene a recibir al accionante como su afiliado, toda vez que no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico celebrado entre éste y Porvenir S.A.; aunado al hecho que se vería afectado el equilibrio financiero del sistema.

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 planteados por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una inconformidad planteada por Porvenir S.A. 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 el actor 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 el demandante cuenta con 63 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl. 19); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 5 de octubre de 1995, 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 la AFP accionada.

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 se le ilustró sobre la forma en que estaba diseñado el RAIS, ni sobre las incidencias pensionales negativas que le generaría el traslado”, es un hecho indefinido negativo que invierte 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 se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 5 de octubre de 1995. Precisando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, el representante legal de Porvenir S.A. al absolver interrogatorio aseguró que, al momento del traslado, al accionante se le brindó una asesoría verbal; sin embargo, la única prueba que existe es el formulario de afiliación.

A su turno, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en octubre de 1995 trabajaba en la empresa D 3 A, y hasta su oficina llegó un asesor de Porvenir S.A, quien en una charla de 20 minutos le dijo que el ISS se iba a acabar, y que si se trasladaba al fondo privado se podría pensionar con una mesada más alta; pero hoy en día sabe que eso no es así y considera que fue engañado. Dijo que el asesor no le brindó más información, tampoco le realizó una proyección pensional.

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 afiliado al actor, 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 del 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 del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 101 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 de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual ” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense 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 101 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor 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, por el contrario, el representante legal de la AFP demandada al absolver interrogatorio de parte aceptó que la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen del promotor es el formulario de afiliación. 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, así como los rendimientos generados, 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 el 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 del demandante.

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.

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 del 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 y rendimientos generados, 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; 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 el 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 al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, solicita la parte demandante el reconocimiento de la pensión de vejez bajo las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de los hombres, el cumplimiento de los 62 años de edad, y 1300 semanas de cotización. Al respecto, la Sala advierte que, si bien el actor cumplió los 62 años de edad el 27 de noviembre de 2018, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl. 19); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas exigidas por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por

parte de la AFP Porvenir S.A. En tal sentido, una vez se realice el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional. En este sentido se revocará la condena impuesta a Colpensiones en primera instancia.

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 el ordinal quinto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, ordenar a Colpensiones que, una vez se haga el traslado de los dineros por parte de la AFP accionada, deberá realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional al actor.*

Segundo.- *Confirmar en lo demás la decisión de primer grado.*

Tercero.- *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 legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
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 DENTRO DEL PROCESO ESPECIAL DE ACOSO LABORAL DE GLORIA ANGÉLICA MARTÍNEZ MUÑOZ CONTRA LA JUNTA DIRECTIVA DE LA ASOCIACIÓN DE PADRES USUARIOS DE LOS HOGARES DE BIENESTAR DEL BARRIO PINAR DEL RIO, MARÍA ISABEL DURAN GONZÁLEZ Y CLAUDIA LILIANA CASTIBLANCO

En Bogotá D.C, a los diecinueve (19) días de octubre de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 a.m.) día y hora previamente señalados por el auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta.

Acto seguido, el tribunal procedió a dictar de plano la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el tribunal del grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 10 de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Gloria Angélica Martínez Muñoz, por medio de apoderado judicial, demandó a la Junta Directiva de la Asociación de Padres Usuarios de los

Hogares de Bienestar del Barrio Pinar del Rio y a las señoras María Isabel Duran González y Claudia Liliana Castiblanco, para que se declare que las demandadas, incurrieron en conductas de acoso laboral respecto de la promotora, que existió un despido injustificado y abuso de poder. En consecuencia se condene al pago de indemnización por acoso laboral, indemnización por despido injustificado, se imponga la multa por incurrir en dichas conductas, indemnización de perjuicios, su reintegro al cargo que ocupaba , lo ultra y extra petita y por las costas.

Como fundamentos de las pretensiones propuso como hechos los narrados a folios 49 a 52 del expediente, los que en síntesis se expresa que se desempeñó como representante legal de la Asociación de Padres Usuarios de los Hogares de Bienestar del Barrio Pinar del Rio, recibiendo como salario el equivalente al SMLMV (\$737.717), vinculada a través de contrato suscrito con la directora regional del ICBF, por 18 meses, entre el 1° de noviembre de 2016 y el 31 de julio de 2018, cuyo objeto fue el de asumir con responsabilidad la atención a la primera infancia en el marco de cero a siempre, especialmente a los niños y niñas menores de 5 años en situación de vulnerabilidad conforme a las directrices del ICBF, contrato que fue liquidado por mutuo acuerdo; seguidamente suscribió un contrato a término fijo como madre de hogar de bienestar con vigencia entre el 1° de agosto y el 15 de diciembre de 2018 con la señora María Isabel Duran González, ésta última como nueva representante de la asociación demandada con salario de \$ 781.242,00; que después de iniciar la nueva junta directiva de la asociación presidida por la antes nombrada, iniciaron una persecución laboral en su contra; en el lapso de tres meses le organizaron visitas a su hogar de bienestar en 5 ocasiones, fomentados por la nueva directiva; fue acosada por compañeras, con actos de irrespeto (agresión verbal, gritos) intolerancia (criticas constantes a su trabajo, como referente de nutrición realizado), donde se vio obligada a renuncia; ello por no firmar coimas que le entregaban donde mercaba la nueva directiva, discriminación que creció con mayor fuerza cuando le ofrecieron \$116.000 por porcentaje de compras, debido a que en las compras venían productos vencidos; sin embargo, no era la única la que hacía las compras en el banco de alimentos, sino que también lo hacían 11 madres comunitarias y

a ellas no se les realizó persecución, ni acoso alguno. Finalmente indica que no le documentaron los últimos 3 meses de seguridad social, no le realizaron examen de egreso y no le entregaron certificación laboral alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA- EXCEPCIONES

La demanda fue admitida mediante auto del 10 de junio de 2019; y en audiencia llevada a cabo el 26 de septiembre del mismo año, las demandadas Junta Directiva de la Asociación de Padres Usuarios de los Hogares de Bienestar del Barrio Pinar del Rio y María Isabel Duran González dieron contestación (cd fl 91 y acta fls.92 y 93); se opusieron a todas y cada una de las pretensiones incoadas; frente a los hechos manifiesta que no son ciertos la mayoría excepto el 19 en sentido de que los alimentos se compran en distintos sitios y en el banco nacional de alimentos, y manifiesta que el contrato de trabajo que unió a la demandante con la Asociación de Padres Usuarios de los Hogares de Bienestar del Barrio Pinar del Rio fue a término fijo de tres meses y terminó por justa causa, por el uso indebido de los elementos e información de uso exclusivo de la Asociación, quebrantando los lineamientos del programa del ICBF que busca la protección de los menores, y nunca se presentaron conductas de acoso laboral por parte de las demandadas y todo se encaminó fue a las visitas realizadas por el ICBF, en procura del buen funcionamiento del hogar de bienestar y de las personas que allí acuden. No propuso excepciones.

La demandada Claudia Liliana Castelblanco, no dio contestación a la demanda.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el Juez de conocimiento, se puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a

las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la parte demandante.

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

DE LA RELACIÓN LABORAL, LOS EXTREMOS TEMPORALES Y EL CARGO DESEMPEÑADO.

No fue objeto de controversia la vinculación contractual de la demandante, mediante un contrato de trabajo a término fijo cuyos extremos temporales acordados fueron entre el 1° de agosto y el 15 de diciembre de 2018 (fls 8 y 9); pero el mismo fue terminado unilateralmente por la representante legal de la Junta Directiva de la Asociación de Padres Usuarios de los Hogares de Bienestar del Barrio Pinar del Rio, mediante comunicación del 312 de agosto de esa anualidad, aduciendo justa causa (fl 10).

DE LAS CONDUCTAS DE ACOSO LABORAL EN CONTRA DE LA DEMANDANTE

Mediante la ley 1010 de 2006 se adoptaron medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, en aras de proteger y amparar la dignidad humana de quienes se encuentran subordinados por una relación laboral privada o pública. En ese orden y con miras de hacer efectiva dichas medidas de prevención y corrección del acoso laboral se estableció un proceso especial a fin de sancionar aquellas personas que realicen las conductas descritas en dicha ley.

El artículo 2° de la ley 1010 de 2006 define las modalidades de acoso laboral como toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo; el acoso laboral puede darse en las modalidades de: maltrato

laboral, persecución laboral, discriminación laboral, entorpecimiento laboral, inequidad laboral y desprotección laboral.

Así, tal conducta se puede entender como un comportamiento en el medio de trabajo donde el sujeto activo o “acosador” asume una conducta generalmente de abuso de poder, discrimina, humilla, debilita o amenaza a un trabajador por lo general en una posición jerárquica inferior o con un grado de dificultades para defenderse, ocasionándole con dicha actitud riesgos o daños para su salud mental o física además de ocasionarle desde el punto de vista jurídico la restricción de sus derechos en el ámbito laboral hasta el punto, en algunos eventos, de conllevar tal actitud a que el trabajador presente su renuncia o abandone su trabajo, con lo cual se le estaría vulnerando además su derecho constitucional al trabajo.

Y es que es inevitable que en desarrollo de la relación laboral los trabajadores se encuentren expuestos a actos provenientes no solo de sus superiores sino de sus mismos compañeros de trabajo o personal bajo su dirección, que lleguen a afectar su estado emocional. Con este propósito el legislador expidió la Ley 1010 de 2006 con miras a evitar la proliferación de esas prácticas dentro de las relaciones de trabajo; sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todo acto ejercido por el empleador derivado de su posición “dominante” dentro de la relación laboral constituye acoso laboral como lo prevé el artículo 8° ibídem, que señala las conductas que no constituyen acoso laboral, por lo que debe tenerse en cuenta que es la misma legislación la que le otorga al empleador el ejercicio de un poder subordinante respecto de sus trabajadores con ocasión del cual busca obtener un mayor provecho de la mano de obra a su servicio, imponiendo en la mayoría de las ocasiones condiciones más favorables a sus propios intereses pero más exigentes o gravosas para el trabajador, contrario a lo que ocurre cuando se está en presencia del acoso laboral en virtud del cual el empleador, en ejercicio de su poder directivo, lo que pretende es causar perjuicio a su trabajador afectándole en su dignidad y hasta anulándole su personalidad, valiéndose del uso arbitrario de sus potestades directivas con objetivos totalmente diferentes y opuestos a los que se derivan del uso legal

de su poder subordinante.

No debe olvidarse que la subordinación es por excelencia, un elemento característico, si no el más importante de todo contrato de trabajo. Subordinación que ha sido entendida por la legislación laboral como la facultad radicada en cabeza del empleador de exigirle a su trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento y respecto de las condiciones derivadas de su propio contrato de trabajo en cuanto a la forma como debe prestar sus servicios. Sin embargo, este poder subordinante no es absoluto sino que tiene como limitantes los derechos no solo legales sino constitucionales consagrados en beneficio de la “parte débil” de la relación laboral, los trabajadores, siendo entre otros la dignidad, la igualdad, etc. Ahora bien, el ejercicio abusivo, incorrecto o inadecuado de la subordinación por parte del empleador deviene en la configuración de conductas típicas y características del acoso laboral.

Para el caso concreto, aduce la promotora que después de iniciar la nueva junta directiva de la asociación presidida por la antes nombrada, y concretamente por las personas naturales demandadas en su condición de representante legal y tesorera, respectivamente, iniciaron una persecución laboral en su contra; en el lapso de tres meses le organizaron visitas a su hogar de bienestar en cinco ocasiones, fomentados por la nueva directiva; fue acosada por compañeras, con actos de irrespeto agresión verbal, gritos intolerancia criticas constantes a su trabajo, como referente de nutrición realizado, esta última función impuesta por la nueva directiva; además por no firmar documentos de coimas, donde por disposición de la nueva junta directiva encabezada por la señora Duran, debía mercar la Asociación Pinar del Rio, como quiera que los alimentos que allí se compraban, venían próximos a vencerse y en mal estado, y ante tal situación debían comprar productos perecederos y no perecederos , con dineros propios en el banco de alimentos, con el fin de reemplazar los que se dañaban o venían vencidos y no servían para el suministro de la alimentación de los niños, al no cumplir con los procesos de higiene; y que las compras no solo fueron realizadas con dinero propio, sino por once

madre comunitarias inscritas en el banco de alimentos desde 2016, quienes no fueron objeto de acoso laboral, y en razón de todo lo anterior se vio obligada a renunciar.

*Así, del estudio de las pruebas evacuadas dentro del proceso, se observa que en declaración rendida por **Sandra Benavidez Reyes**, señala que conoció a la demandante porque fue docente de su hijo y que para el año 2017, esta había ejercido la representación legal de la junta directiva de la Asociación de Padres Usuarios de los Hogares de Bienestar del Barrio Pinar del Rio, señalando en cuanto al trato que pudo existir entre María Duran González como representante legal y Claudia Liliana Castelblanco como tesorera con la demandante, que el día en que se llevó a cabo una asamblea y el inventario por el cierre del jardín social que estaba a cargo de ésta la señora Castelblanco contestó de mala manera, cuando se le preguntó por qué se iba a cerrar, señalando que nunca fue un trato irrespetuoso, de palabras soeces, sino de la forma petulante como se expresó al dar respuesta a la pregunta. La testigo **Jenny Cuervo Holguín**, afirmó que conoce a la actora porque fue docente de su hijo mayor en el jardín El Refugio, y la relación con la misma se redujo meramente a la educación de su hijos; que tuvo conocimiento de la situación con la demandante el día del cierre del jardín, donde le informaron que ello obedeció a un mal proceder de Gloria Angélica Martínez en el banco de alimentos, pues realizó compras cuando ello estaba prohibido, cometiendo un fraude por suplantación de firmas; de igual manera adujo que no le consta que las demandadas hayan tenido un gesto grosero o irrespetuoso con Martínez Muñoz y limitándose a señalar que solo le notificador del cierre del jardín. Por su parte la declarante **Heidi Abaunza Hernández** quien ha laborado durante más de 7 años en la asociación ejerciendo diferentes cargos, entre ellos el de secretaria, fiscal y tesorera, dijo no constarle de algún trato degradante por parte de las personas naturales convocadas hacia la señora Martínez Muñoz.*

Del estudio en conjunto de las anteriores probanzas en la forma establecida en el artículo 61 del CPT y SS, se concluye que las conductas alegadas por la parte demandante como acoso laboral no se encuentran demostradas ya

que de ellas no se evidencia ningún acto que constituya comunicación hostil y desprovista de ética administrada de forma sistemática por parte de los demandados o comportamientos de abuso de poder, discriminatorios, humillantes, debilitantes o amenazantes en contra de la demandante, por el contrario de la prueba documental aportada al instructivo así como de los testimonios recibidos se desvirtúan cada una de las afirmaciones hechas por la promotora; dentro del plenario no se avizora que fue objeto siquiera de llamados de atención o sanción alguna, y las declarante al unísono manifestaron que nunca conocieron de conductas de agresión verbal, actos de irrespeto e intolerancia y solo dan fe de la reunión en la que se le comunicó la decisión de cierre del hogar infantil social El Refugio, si que se pueda establecer que la demandante hubiese sido objeto de conductas de acoso laboral que esta menciona.

Tampoco es motivo de acoso laboral el hecho que se haya realizado cinco visitas al hogar de bienestar en un lapso de tres meses, lo cual tampoco se encuentra demostrado ya que el único documento anexo, corresponde a acta de visita de supervisión realizada por el ICBF en abril de 2018 (fls 12 y 13) y otra efectuada por la Asociación de Padres Usuarios de los Hogares de Bienestar del Barrio Pinar del Rio del 11 de julio de 2018; visitas que corresponden a controles normales que se deben realizar, en razón a servicio social que se presta a una población de especial protección, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, dentro de las cuales se encontraron anomalías, como la falta de documentación y de cumplimiento de componentes frente al almacenamiento de la alimentación, protocolo de limpieza y desinfección, planeación evaluada y actualización del kardex de bienestarina, sin que se hubiese presentado reparo por parte de la aquí accionante. Finalmente en cual a la compra de alimentos, a la demandante le correspondía atender la órdenes e instrucciones dadas por su empleador de realizarlas en lugares diferentes al banco de alimentos, debido a que los que allí se proporcionaban era de muy mala calidad, como lo mencionó la testigo Heidi Abaunza en su declaración; quien además manifestó que fue la demandante quien desatendió las órdenes dadas por la junta directiva de la asociación y las directrices del ICBF ya que este prohibió la compra de alimentos en el banco de alimentos dada su mala calidad, aunado que suplantando a la representante legal de la junta de marras en varios

documentos realizó compras. Así, al no estar acreditadas las supuestas conductas constitutivas del acoso laboral denunciado, se deberá confirmar la decisión del a quo.

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

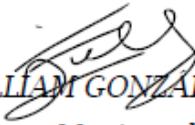
Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en este grado de jurisdicción.

Notifíquese legalmente a las partes y Cúmplase


MILLER ESQUIVEL GATTAN
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 JORGE HUMBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LAS AFP PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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 en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Johana Alexandra Duarte Herrera, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 53.077.146 y Tarjeta Profesional No. 184.941 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en la forma y para los efectos del poder conferido (fls 291 y ss). Igualmente se reconoce personería a la Dra Luisa María Barbosa Herrera identificada con C.C. No. 1026288903 y T. P. No. 329738 del C. S. de la J. como apoderada de la AFP Protección S.A. en los términos y para los fines del poder conferido (fls 283 a 286).

Notifíquese

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Protección S.A., contra la sentencia del 20 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Treinta y Dos 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

Jorge Humberto Rodríguez Martínez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD administrado hoy por Colpensiones, al RAIS, administrado por la AFP Colmena S.A. hoy Porvenir S.A. realizada el 6 de julio de 1999 y en igual sentido, la afiliación realizada a la AFP Santander hoy Protección S.A. efectuada el 28 de febrero de 2005, ante la omisión en el deber de información de éstas, en consecuencia, se ordene a Colpensiones recibir la afiliación del actor en el RPMPD, sin solución de continuidad. Se condene lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 70 a 72 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 23 de abril de 1958; se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones desde noviembre de 1980, y acredita más de 1.433 semanas cotizadas durante su vida laboral como trabajador dependiente; el 6 de julio de 1999 suscribió afiliación con la AFP Colmena hoy Porvenir S.A. Señala que la asesoría por dicha AFP para efectuar el traslado de régimen fue deficiente, pues, no se le indicaron las ventajas, desventajas, ni consecuencias que tal acto conllevaría a su derecho pensional, se le indicó que el ISS se cavaría y nadie respondería por sus aportes realizado en el RPMPD, por lo que era mejor trasladarse al RAIS ya que allí podía obtener una pensión mayor y a más temprana edad, siempre ofreciendo mejores beneficios; el 28 de febrero se trasladó a la AFP Santander hoy Protección S.A., debido a que le ofrecieron una mayor rentabilidad y mejores condiciones para pensionarlo, las que no se cumplieron y además no se tuvo en cuenta que es beneficiario del régimen de transición; que mediante oficio del 26 de febrero de 2019 Protección S.A. indicó que su pensión aproximada sería de \$1.385.677,92,00 mientras que en RPMPD teniendo en cuenta el IBC de ellos últimos diez años es muy superior y que el 12, 16 y 26 de abril de 2019,

respectivamente, solicito a las accionadas la anulación de su traslado al RAIS y su retorno al RPMPD, obteniendo respuesta negativa de ellas.

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 todas y cada una de las pretensiones formuladas, (fls.79 a 91); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación y cotizaciones al ISS hoy Colpensiones en el RPMPD, la petición presentada por él ante esa administradora y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A. en plazo legal recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas, (fls. 133 a 156); en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento del demandante, y frente a los demás dijo no ser ciertos y no constarle, debido a que la AFP Colmena fue absorbida por Santander Pensiones y Cesantías S.A. seguidamente adquirida por ING que en la actualidad es Protección S.A. por lo que el actor no tuvo ninguna vinculación con Porvenir S.A. Propuso las excepciones que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

De otro lado, la AFP Protección S.A., dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a folios 189 a 197 en el que se opuso a las pretensiones incoadas; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la accionante, su afiliación y cotizaciones al ISS hoy Colpensiones, el traslado de la demandante a la AFP Colmena Pensiones y Cesantías S.A. y su posterior vinculación a la AFP Santander hoy Protección S.A., frente a los demás manifestó no ser ciertos y no constarle. Como medios

de defensa propuso los que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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 (C.D. fl. 263) en la que declaró no probadas las excepciones propuestas; y declaró la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 6 de junio de 1999, así como su posterior traslado entre administradoras del RAIS. En consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del promotor, junto con sus rendimientos, gastos de administración y el bono pensional si a ello hubiere lugar y ordenó a Colpensiones recibirlo como afiliado en el RPMPD sin solución de continuidad y en las mismas condiciones que se encontraba al momento de su traslado declarado ineficaz; e impuso condena en costas a cargo de la AFP Protección S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas Colpensiones y AFP Protección la recurren, así: Protección S.A. (hora 1:27:05), señala que reprocha la condena a que los gastos de administración nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues conforme al Decreto 2555 de 2010, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.

A su turno, la demandada Colpensiones interpone recurso de apelación (hora 1:32:16) argumentando que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 25 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, aunado que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, art. 2° de trasladarse por cuanto le faltan menos de 10 años para obtener su derecho pensional.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las partes presentaron alegaciones en esta instancia. La parte demandante, pide que se confirme la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que dentro del proceso se demostró que la AFP Colmena hoy Protección S.A., no acreditó haber cumplido con el deber de información de manera clara y suficiente, completa y comprensible sobre las alternativas con sus beneficios e inconvenientes que ocasionaría su traslado de régimen, por lo que es acertada la decisión del a quo teniendo en cuenta el amplio criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, transcribiendo apartes de algunas de ellas sobre el particular.

La AFP Protección S.A, insiste que no se debe condenar a la devolución de la comisión de administración teniendo en cuenta que son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 , el cual se usa para cubrir gastos de administración, prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes, más aun cuando se obtuvo rendimientos por la buena gestión realizada en su cuenta de ahorro individual y de mantener la condena por este concepto ello constituye un enriquecimiento sin causa en favor dela administradora del RPMPD, por lo que pide revocar la decisión de primera instancia en este aspecto.

A su vez Porvenir S.A. pide que mantenga la absolución a esa AFP, teniendo en cuenta que no se ordenó a ésta transferir suma alguna a Colpensiones como consecuencia de la ineficacia declarada, debido a que no fue esta quien realizó el traslado inicial, insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, no son caprichosas y el traslado de manera libre y voluntaria, así mismo que 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 las AFP 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 d ellos aporte únicamente, ya que los rendimiento financieros son más elevados que los que pudiera recibir en dl RPMPD, por lo que no se debe la restitución de esto y los gastos de administración.

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 planteados por las demandadas AFP Protección S.A. y Colpensiones, 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 de las inconformidades planteadas 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 RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993,m modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto al ser un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 62 años de edad, conforme se establece con la copia de la cédula de ciudadanía (fl. 26); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 6 de julio de 1999, con efectividad a partir

del 1º de septiembre del mismo año, que es diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es plausible este argumento.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), pues es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, al no haber participado en ese trámite. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a Colmena S.A. hoy Protección S.A. efectuada el 6 de julio de 1999, con efectividad a partir del 1º de septiembre del mismo año, decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, Protección S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, ya que son términos similares, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “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).” (SL 3463-2019)

Ahora, 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 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, 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 Protección 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 de régimen pensional 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 Protección S.A., incluidos los gastos 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.

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; 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, 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.

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. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

Notifíquese Legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
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 NOHORA IDALYT BLANCO CORREA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones contra la sentencia proferida el 11 de agosto de 2020, por el Juzgado Treinta y Siete 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.

A N T E C E D E N T E S

Nora Idalyt Blanco Correa, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. para

que se declare la nulidad de su afiliación o traslado del RPMPD al RAIS administrado por la AFP ING S.A hoy Protección S.A. realizado el 1° de septiembre de 1999, dada la omisión en el deber de información. En consecuencia, se ordene a Colpensiones recibirla y restablecer su afiliación sin solución de continuidad, como si nunca se hubiese trasladado. Se condene a la AFP al traslado de los respectivos aportes pensionales al RPMPD administrado por Colpensiones; junto con la indexación, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3, en los que en síntesis se indica que: inició a laborar para Almacenes Éxito desde el 1° de octubre de 1998 y fue afiliada al RPMPD con el ISS y cotizó un total de 235,71 semanas nació el 16 de julio de 1962, se trasladó a del RPMPD al RAIS con la AFP Protección S.A. el 1° de abril de 2001, pero fue engañado ya que el funcionario de la AFP le manifestó que el Seguro Social donde estaba afiliado estaba en crisis económica y se iba a acabar por lo que perdería sus aportes a pensión y lo mejor era trasladar al fondo privado donde tendría una pensión de mayor valor y mucho antes que en el RPMPD, sin realizarle una proyección de la prestación pensional; nunca se le informó de las consecuencias o perjuicios que podía ocasionar la decisión de trasladarse: tampoco se le informó adecuadamente sobre los términos y condiciones para adquirir su derecho pensional, es decir no se le dio una información detallada, completa, oportuna y precisa sobre el cambio de régimen, aunado que hubo presión de su patrono con el argumento de que o obtendría un préstamo que en ese momento necesitaba, si los trabajadores no se afiliaban al fondo privado y que presentó la correspondiente reclamación solicitando la nulidad de su traslado de régimen.

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. 41 a 50 vuelto); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de

nacimiento de la actora y a la afiliación y cotización al ISS por el periodo indicado; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A su turno, Protección S.A. dentro de término y en legal contestó la demanda en escrito incorporado a folios 96 a 101, en el que se opuso a las pretensiones formuladas; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y el traslado de régimen con esa AFP indicando que la suscripción del formulario fue el 5 de marzo de 1997, con efectividad desde el 1° de abril del mismo año; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, 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 (C.D. fl. 127), en la que declaró la nulidad del traslado del demandante del RPMPD al RAIS, efectuado el 5 de marzo de 1997 con efectividad desde el 1° de abril del mismo año y consecuentemente como afiliación válida la realizada al RPMPD administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos los frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos

de administración y seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor Saavedra Cándelo, y a Colpensiones a activar la afiliación y actualizar la historia laboral. Así mismo declaró no probadas las excepciones propuestas y a condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Protección S.A. pide que se revoque lo relativo a la devolución de los gastos de administración, por cuanto estos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993, por la buena administración de la cuenta de ahorro individual del afiliado, generando altos rendimientos.

Por su parte, Colpensiones argumenta que no es procedente la nulidad, sino la ineficacia del traslado, toda vez que la pretensión principal de la demanda, va encaminada a lograr la declaratoria de la ineficacia del traslado, por lo que, al declarar la nulidad, se está vulnerando el debido proceso de la entidad, al no contar con la oportunidad de defenderse respecto de esta pretensión; que la carga de la prueba estaba en cabeza de la demandante, quien debía demostrar los hechos alegados en el libelo inicial; lo cual no hizo. Agregó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; y que la declaración de ineficacia de traslado de régimen pensional afecta la sostenibilidad financiera del sistema, en la medida que esa administradora deberá sufragar unos gastos que no tenía previstos, afectando los derechos de otros afiliados.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo Colpensiones presentó alegaciones en

esta instancia, insistiendo que se revoque la decisión de primera instancia, señalando que no resulta procedente declara que es nula la afiliación suscrita entre la demandante y la AFP Protección ya que dentro del proceso obran elementos de prueba que conducen a establecer que este se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que el asesor del Fondo brindó la correspondiente información respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, sin que se hubiese demostrado vicios de consentimiento, aunado que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en la Ley 797 de 2003, art. 2° de trasladarse por cuanto le faltan menos de 10 años para obtener su derecho pensional y la orden de traslado afecta la estabilidad financiera del sistema.

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 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 de las inconformidades planteadas 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 RPM 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 58 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl. 9); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 5 de marzo de 1997, con efectividad desde el 1° de abril del mismo año, lo que es 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.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía 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 (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), pues es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a Protección S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, Protección S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, ya que en similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “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).” (SL 3463-2019)

Pues bien, 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 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 Protección 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 Protección 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

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.

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; 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, 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.

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. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las accionadas.

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
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 WILLIAM JAVIER BARRAGÁN GUTIÉRREZ CONTRA ALFAGRÉS S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

William Javier Barragán Gutiérrez, por medio de apoderado judicial, demandó a la sociedad Alfagrés S.A., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente del 25 de abril de 2005 al 25 de abril de 2018, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador, y sin que dentro de los 60 días posteriores hubiese remitido el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad. En consecuencia, se ordene su reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido o a otro de igual o superior

categoría, sin solución de continuidad; junto con el pago de salarios dejados de percibir, prestaciones sociales compatibles con el reintegro, vacaciones y aportes a seguridad social. Subsidiariamente solicita que se condene al pago de la indemnización por despido injusto, debidamente indexada; así como la devolución de las sumas ilegalmente descontadas, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 y 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: laboró para la sociedad accionada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, desde el 25 de abril de 2005 hasta el 25 de abril de 2018, fecha en que fue despedido; el último salario devengado fue de \$2.376.400.00; Alfagrés S.A. no le ha pagado la indemnización por despido injusto; en la liquidación de prestaciones sociales se le realizaron descuentos no autorizados; han transcurrido los 60 días establecidos en el parágrafo del artículo 65 del CST y la demandada no le ha remitido los documentos a que refiere dicha norma; para el desarrollo de su labor se le exigía poner a disposición de la empresa su vehículo personal, preferiblemente último modelo, para realizar visitas a clientes dentro y fuera de la ciudad; la accionada sólo le reconocía los gastos de combustible y un rodamiento ínfimo; una vez realizados los viajes, se legalizaban los gastos de combustible y peajes, según la distancia de los desplazamientos; el 23 de abril de 2018 fue convocado a diligencia de descargos por entregar recibos de combustible diligenciados manualmente y por tanquear parte del vehículo con gasolina extra; mediante comunicación del 25 de abril de 2018 se dio por terminado el contrato de trabajo y se le endilgó haber alterado y falsificado ideológicamente facturas, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se haya presentado denuncia penal o condena en donde se le declare responsable; sus prestaciones sociales sólo se le pagaron el 24 de mayo de 2018.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la accionada en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 40 a 44 y 129). Aceptó la mayoría de los hechos, excepto los relacionados con la realización de descuentos no autorizados y la exigencia

de poner a disposición de la empresa su vehículo personal. Como medio de defensa propuso la excepción que denominó inexistencia de las obligaciones.

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 (C.D. fl. 173) en la que condenó a la sociedad Alfagrés S.A. a pagar al demandante la suma de \$21.387.864,04 como indemnización por despido injusto; así como \$114.000.00 y \$95.000.00 correspondientes a deducciones no autorizadas de la liquidación final; sumas que deberán pagarse debidamente indexadas. Absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la accionada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las partes interponen recursos de apelación: el extremo demandante solicita que se apliquen las consecuencias previstas en el párrafo del artículo 65 del CST, pues en nada influye el hecho que el estado de pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad hubiese sido aportado al presente proceso. De igual manera, insiste en que se condene al pago de la indemnización moratoria, toda vez que la accionada realizó descuentos no autorizados de la liquidación final.

Por su parte, la demandada Alfagrés S.A. manifiesta que probó los hechos que sustentaron el despido del actor. Argumento reiterado en los alegatos presentados en esta instancia.

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 planteados por las partes al momento de sustentar sus recursos de apelación.

NEXO LABORAL - TERMINACIÓN DEL CONTRATO

No es objeto de discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 25 de abril de 2005 al 25 de abril de 2018, en virtud del cual el actor desempeñó como último cargo el de “asesor técnico posventa”, con un último salario mensual de \$2.376.400.00; según se colige del contrato de trabajo y su otrosí modificadorio (fls. 56 a 61), de la carta de terminación al mismo (fls. 9 y 160), y de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales (fl. 10); así como de lo aceptado por la pasiva al dar contestación a la demanda. Supuestos fácticos establecidos en primera instancia, sin que fueran objeto de reproche en la alzada.

La disputa se suscita, en primer lugar, frente a los hechos endilgados en la carta de terminación del contrato de trabajo, esto es, si se encuentran acreditados en el presente proceso y si constituyen justa causa para dar por terminado el vínculo.

Cumple, entonces, precisar que está demostrado el hecho del despido, por manera que es carga procesal del empleador demostrar la justeza del mismo. En consecuencia, procederá la Sala al análisis de los medios probatorios allegados al proceso.

Pues bien, en el caso de autos, la determinación de Alfagrés S.A. de rescindir el contrato de trabajo fue comunicada al actor mediante carta fechada 25 de abril de 2018 (fls. 9 y 160); allí se aducen como hechos motivantes de esta determinación los siguientes:

“1. La violación grave de las obligaciones y prohibiciones que le incumben como trabajador en el sentido de no realizar la labor contratada en los términos ordenados por la empresa e instruidos a usted en forma particular.

2. Por haber alterado y falsificado ideológicamente facturas que posteriormente legalizaba en la compañía, generando de esta forma detrimento económico en la empresa ya que los valores por los cual (sic) usted hacía la legalización de estas facturas por concepto de combustibles eran valores superiores a los que realmente costaba el servicio. La anterior práctica indebida venía siendo realizada por usted desde hace 1 año.

3. El incumplimiento grave de la obligación de obediencia y fidelidad para con el empleador establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo”.

Más adelante, en la misiva de terminación del contrato de trabajo, Alfagrés S.A. indicó que las conductas anteriormente señaladas, se enmarcan dentro de las justas causas consignadas en la causal 6, literal a), del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965.

Corresponde entonces entrar a determinar si la sociedad accionada, a quien le correspondía el deber de probar las justas causas que alegó en su oportunidad para romper el nexo laboral, cumplió con su carga procesal, esto es, establecer que los hechos esgrimidos en la comunicación del despido ciertamente tuvieron ocurrencia y con ellos se infringieron disposiciones legales o contractuales.

En este orden, verifica la Sala que fue aportada copia de la citación a diligencia de descargos para el día 23 de abril de 2018, recibida por el accionante, “con el fin de oír sus descargos [...] por alterar documentos para su beneficio personal y detrimento de la compañía ya que ha venido legalizando en la compañía facturas por concepto de combustible por valores superiores a los que realmente cuesta el servicio” (fl. 72). Ahora, si bien se aportó el acta de la mentada diligencia, cumple recordar que la sociedad convocada a juicio desistió de dicha prueba ante la tacha de falsedad propuesta por la parte accionante.

Adicionalmente, el representante legal de Alfagrés S.A. al absolver interrogatorio de parte, afirmó que la causal de despido del actor consistió en la falsificación ideológica de facturas. Dijo que el demandante desempeñaba un cargo en el Departamento Técnico y dentro de sus funciones estaba la de realizar visitas o interventoría a obras, razón por la cual se le otorgaba un auxilio de rodamiento, pero para legalizar estos gastos debía presentar las facturas de la compra del combustible. Agregó que el jefe inmediato del accionante, Julio Aguilar, y el Director de Seguridad, Mauricio Buitrago, encontraron inconsistencias en algunas facturas presentadas por el demandante; estos dos señores se contactaron con la estación de servicio para aclarar esta información, y allí les dijeron que los consumos habían sido, a lo sumo, por una cifra inferior. Con respecto al acta de la diligencia de descargos, reconoció que la empresa cometió un error, toda vez que dicho documento no se suscribió el mismo día de la diligencia, sino que varios días después se le envió al actor por correo electrónico para que la firmara. Dijo que frente a la conducta

endilgada al accionante no se interpuso denuncia penal, dado que la cuantía no lo ameritaba.

Por su parte, el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que rindió descargos el 23 de abril de 2018 en presencia de Margarita Espinosa (Directora de Recursos Humanos), Julio Aguilar (Coordinador de Post Venta) y de Carolina Viñas, pero el acta de esa diligencia le fue remitida por correo electrónico tres días después para que la revisara y la firmara, lo cual no hizo. Fue enfático en señalar que no alteró, ni falsificó, ni modificó los recibos de compra de combustible; y que la accionada sólo estaba buscando la forma de despedirlo sin pagarle la indemnización. Dijo que en algunas oportunidades tanqueaba su vehículo en la estación de servicio de Chusacá, allí exigía el recibo indicando el número de la placa, y los empleados del lugar por facilidad diligenciaban el recibo a mano y se lo entregaban; nunca le vio inconveniente a eso, hasta que un día el Área de Coordinación de Post Venta de la compañía le dijo que no lo volviera a hacer, porque podía tener problemas, y desde ese momento en adelante le tocó esperar y exigir que le expidieran un recibo de la máquina.

Se recibió el testimonio de Julio César Aguilar Forero, quien en su momento fue el jefe inmediato del demandante en Alfagrés S.A.; indicó que la empresa decidió terminar su contrato de trabajo por alteración en los recibos presentados para la legalización de viáticos; concretamente unas facturas de combustible que presentaban unos valores que no correspondían a la realidad. Se percató de esta situación al observar un recibo que estaba diligenciado a mano, mientras que los presentados por los otros técnicos provenientes de esa misma estación de servicio venían impresos; por lo que se contactó telefónicamente con la estación de servicio y allí le dijeron que sí expedían esos recibos, pero sólo cuando la máquina registradora no los entregaba impresos, y que por la fecha de la factura que se le indagó la máquina no presentó inconvenientes, por ende, el recibo no lo habían emitido ellos y la firma que aparecía tampoco era de un empleado que estuviera actualmente. Indicó que luego de su averiguación, el caso fue remitido a auditoría, quien hizo indagación sobre legalizaciones anteriores y encontró mérito para convocar a descargos, los cuales se rindieron el 23 de abril de 2018; en dicha diligencia él estuvo presente, junto a Margarita Espinosa

(Gerente de Recursos Humanos) y Carolina Márquez (Jefe de Recursos Humanos); y allí el actor aceptó que había cometido un incumplimiento frente al procedimiento de legalización de viáticos. Finalizada la reunión se generó el acta, sin embargo, debían hacerse unas correcciones, por lo que quedaron en enviársela al demandante vía correo electrónico para que la firmara. Agregó que la única prueba documental soporte de la averiguación fueron las facturas presentadas, las cuales están en poder de Alfagrés S.A.

También rindió testimonio José Mauricio Prieto Buitrago, Director del Departamento de Seguridad de Alfagrés S.A., encargado de realizar la averiguación en el caso del accionante, sobre unos recibos adulterados por él y que fueron el motivo de su despido. Dijo que auditoría le entregó unos recibos que el actor había presentado meses atrás para legalizaciones de combustibles, varios de ellos estaban diligenciados a mano, y según auditoría esos recibos no eran legales. Indica que le correspondió verificar si esa información era o no real y lo que hizo fue llamar directamente a la administración de la estación de servicio de Chusacá, quien le confirmó que la mayoría de sus recibos son hechos electrónicamente, que muy pocos eran diligenciados a mano, esto ocurría sólo cuando el sistema fallaba, y que las firmas que allí aparecían no correspondían con las de sus trabajadores, salvo una firma que coincidía, pero era de una persona que había sido retirada seis meses antes de la fecha de entrega del recibo. Manifiesta que la estación de servicio no emitió ningún tipo de documento en ese trámite de investigación, sólo fue una solicitud que se hizo verbalmente y la única evidencia que tenían en este momento eran los recibos.

Una vez analizados en su conjunto los medios de convicción anteriormente reseñados, concluye la Sala que la empresa Alfagrés S.A. no probó la ocurrencia de la causal invocada en la carta de terminación del contrato de trabajo. En efecto, los hechos enrostrados al demandante tienen que ver con presuntamente haber alterado y falsificado facturas presentadas ante la empresa para la legalización de compra de combustible, las cuales fueron diligenciadas a mano; sin embargo, dichas facturas brillan por su ausencia en el sub examine. Y es que, si bien el actor reconoció haber presentado ante la accionada facturas diligenciadas a mano, aduciendo que así le fueron expedidas en la estación de servicio Chusacá, lo cierto es que no se tiene

certeza sobre la cantidad de facturas que presentan esta situación, las fechas en que fueron emitidas, menos aún que los valores allí contenidos no correspondan con la realidad, generando un detrimento patrimonial a la empresa. Resultando preciso destacar que estas circunstancias ni siquiera fueron detalladas en la carta de terminación del contrato de trabajo.

Ahora, con respecto a la investigación realizada por Alfagrés S.A. frente a esta situación, tampoco se cuenta con soporte documental alguno; siendo la única prueba allegada en tal sentido la manifestación de los testigos, quienes fueron contestes al afirmar que se comunicaron telefónicamente con la estación de servicio de Chusacá para indagar por las facturas presentadas por el actor, obteniendo como respuesta que excepcionalmente expedían ese tipo de facturas diligenciadas a mano, sólo cuando la máquina registradora presentaba fallas; sin que sea posible establecer de manera contundente que las facturas allegadas en su momento por el accionante ante la empresa no hubiesen sido expedidas en una situación de fallas en la máquina registradora.

Aunado a lo anterior, el testigo José Mauricio Prieto Buitrago indicó que, en su indagación telefónica, le informaron que una de las firmas contenidas en las facturas sí correspondía a la de un extrabajador de la estación de servicio; por lo tanto, aun cuando se hubiese demostrado adulteración en los recibos presentados, tampoco se encuentra individualizada esta conducta en cabeza del actor.

En consecuencia, al no haberse probado el hecho aducido en la carta de terminación del contrato de trabajo, deviene en injusto el despido aquí estudiado, imponiéndose confirmar la decisión apelada en este punto.

APLICACIÓN DEL PARÁGRAFO 1° DEL ARTÍCULO 65 DEL CST

Siguiendo con el análisis del problema jurídico planteado, se tiene que la parte actora en su recurso de apelación insiste en la aplicación de las consecuencias establecidas en el párrafo 1° del artículo 65 del CST.

Pues bien, el párrafo 1° del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que modificó el 65 del CST, preceptúa:

“PARÁGRAFO 1o. Para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, el empleador le deberá informar por escrito al trabajador, a la última dirección registrada, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la terminación del contrato, el estado de pago de las cotizaciones de Seguridad Social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen. Si el empleador no demuestra el pago de dichas cotizaciones, la terminación del contrato no producirá efecto. Sin embargo, el empleador podrá pagar las cotizaciones durante los sesenta (60) días siguientes, con los intereses de mora.”

La norma en cita no contempla el restablecimiento real y efectivo del contrato de trabajo, al punto de que consagra el pago posterior de las cotizaciones, dado que su finalidad no es otra que la de garantizar el pago oportuno de los aportes de seguridad social y parafiscales; criterio expuesto de manera reiterada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Y es que, desde el mismo título del mencionado artículo resulta palmario que lo allí consagrado no es nada diferente a la “indemnización por falta de pago”. Así lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL3670 de 2019, citando las sentencias SL12041 de 2016 y la del 14 de julio de 2009 con radicado N° 35303:

“En ese orden, el bien jurídico protegido es la viabilidad del sistema de seguridad social integral, teniendo especial cuidado en no debilitar al SENA, al ICBF y a las CAJAS DE COMPENSACIÓN y por ello se incluyó en el Parágrafo 1° del artículo 65 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, el estado de pago de las cotizaciones por parafiscalidad, por su significación social, lo que descarta que tal protección se encamine a la estabilidad en el empleo, por el contrario, lo consagrado por la norma tiende a la coerción como mecanismo para la viabilidad del sistema, precisamente con lo que podría denominarse como ‘sanción al moroso’.

Por ello, carecería de lógica que aún cesando la causa de la sanción, ejemplo pago posterior, continuase el correctivo como lo sería la orden de reintegro del trabajador al cargo y los efectos que conllevaría el mismo, situación superada por la jurisprudencia.”

En este orden de ideas, es claro que el objetivo de la norma antes citada es generar un mecanismo de garantía de cobertura real y concreta para el trabajador en materia de seguridad social y contribuciones parafiscales; obligación que en el sub judice fue asumida de manera oportuna por Alfagrés S.A., quien realizó los correspondientes aportes en los términos establecidos por las normas que regulan la materia, tal como se constata

con los soportes de pago visibles de folios 166 a 169.

Las anteriores razones son más que suficientes para confirmar la decisión absolutoria del a quo frente a este aspecto.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Por último, insiste la parte demandante en la procedencia de la indemnización moratoria, arguyendo que la accionada realizó descuentos no autorizados de la liquidación final de salarios y prestaciones.

A fin de resolver lo pertinente, cumple indicar que el artículo 65 numeral 1° del CST, modificado por la Ley 789 de 2002, artículo 29, establece que, si al momento de la terminación del contrato de trabajo el empleador no cancela los salarios y prestaciones sociales debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley, se hace acreedor a una sanción consistente en un salario diario por cada día de retardo. "2. Si no hay acuerdo respecto del monto de la deuda, o si el trabajador se niega a recibir, el empleador cumple con sus obligaciones consignando ante el juez del trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia decide la controversia". Sanción que como lo ha admitido la jurisprudencia en forma reiterada, no es de aplicación automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento y si demuestra que actuó de buena fe, se exonerará de la misma, lo que, como lo expresa la H. Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en sentencia de 16 de julio de 1979, "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es, probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma -art. 99 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código

Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento”.

Descendiendo al caso objeto de estudio, resulta preciso recordar que al actor se le realizaron descuentos de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales por valores de \$114.000.00 y \$95.000.00, sin justificación alguna, y sin que hubiesen sido autorizados por Barragán Gutiérrez; conforme quedó establecido en la decisión proferida en primera instancia y que se corrobora con la liquidación final (fl 161), punto que no mereció reparo alguno por las partes.

Frente a estas sumas de dinero, no se adujo, y menos se probó, alguna justificación para su impago, con lo cual Alfagrés S.A. incumplió sus obligaciones como empleador, desconociendo a todas luces la legislación aplicable al caso, a más de ser vulneratoria de los derechos del trabajador, por lo que no constituye buena fe, razón por la que no se puede exonerar de la mentada indemnización, pues era obligación del demandado pagar las acreencias laborales adeudadas a la finalización del vínculo, y no lo hizo. Por lo tanto, al no probar que obró de buena fe en el no pago de las acreencias reclamadas, no se le puede exonerar de esta sanción, siendo imperativo revocar la decisión absolutoria de primer grado en este sentido para, en su lugar, condenar a la sociedad accionada al pago de la indemnización moratoria.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el vínculo laboral finalizó el 25 de abril de 2018 y la demanda se radicó el 9 de octubre de 2018 (acta de reparto fl. 29), esto es, antes de transcurridos 24 meses de la terminación del contrato de trabajo; y considerando que el salario devengado por el actor era superior al mínimo legal mensual vigente, el cual a la finalización del vínculo ascendía a \$2.376.400.00, concluye la Sala que la indemnización moratoria equivale a un día salario por cada día de retardo hasta cuando se verifique el pago de la obligación, a razón de \$79.213,33 diarios; de conformidad con el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-781 de 2003.

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,

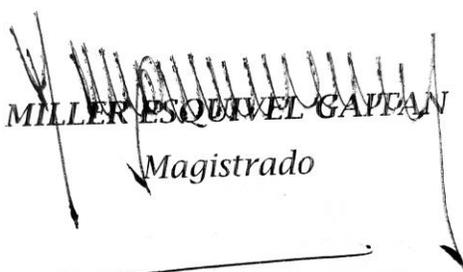
RESUELVE

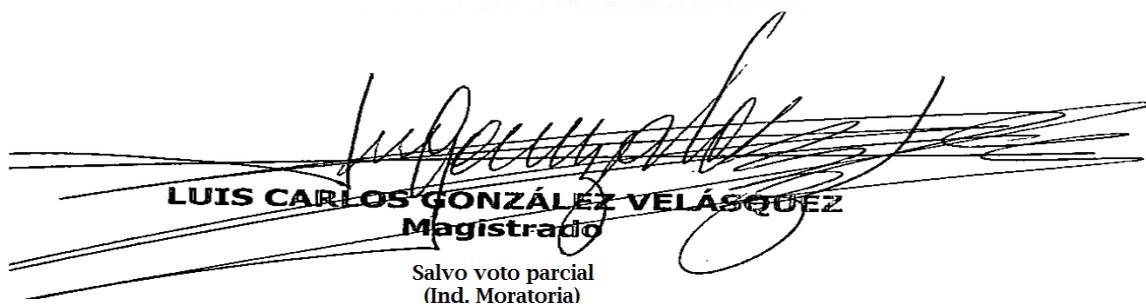
Primero.- Revocar parcialmente el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a Alfagrés S.A. a pagar al actor la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, equivalente a un día salario por cada día de retardo hasta cuando se verifique el pago de la obligación, a razón de \$79.213,33 diarios.

Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión de primer grado.

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


~~LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ~~
Magistrado
Salvo voto parcial
(Ind. Moratoria)


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 MARÍA ÁNGELA HERRERA JARAMILLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2020, por el Juzgado Veintisiete 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.

A N T E C E D E N T E S

María Ángela Herrera Jaramillo, 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 y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales junto con sus rendimientos; debiendo esta última entidad activar su afiliación. Asimismo, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 22 de diciembre de 1960; el 11 de febrero de 1987 se afilió al régimen de prima media; el 1° de agosto de 2002 se trasladó a Porvenir S.A.; al momento del traslado no se le brindó información adecuada y completa sobre el RAIS, ni acerca de sus desventajas; el 12 de septiembre de 2018 solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa.

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. 57 a 70); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al régimen de prima media, la reclamación presentada por ésta y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó improcedencia de la declaratoria de nulidad del traslado del régimen, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través del escrito incorporado de folios 100 a 109, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la actual vinculación de la actora al RAIS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales

de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

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 declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A.; condenando a esta última a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados. Ordenó a Colpensiones a afiliarse nuevamente a la accionante al RPMPD y a recibir los dineros trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que la actora conocía las características propias del RAIS, además, su decisión de trasladarse fue de manera libre, voluntaria y espontánea, recibiendo capacitación sobre las implicaciones del traslado, conforme se consignó en el formulario de afiliación; razón por la cual no resulta aplicable al presente asunto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre omisión en el deber de información. Agregó que, para el momento del traslado, no existía la obligación de guardar soporte de la información suministrada. Por último, solicitó que no se condene a la devolución de los gastos de administración ni los rendimientos, por cuanto estos se causaron por la buena gestión de la AFP.

Por su parte, Colpensiones argumenta que la actora, como consumidora financiera, incumplió su obligación de atender y revisar sus asuntos. Añadió que la accionante tenía conocimiento sobre las implicaciones del traslado, por lo que no resulta aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de

Justicia. Finalmente, indicó que no debe asumir la responsabilidad del traslado de la demandante, porque esto afectaría el equilibrio financiero del sistema.

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.

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 “al momento del traslado no se le brindó información adecuada y completa sobre el RAIS, ni acerca de sus

desventajas”, es un hecho indefinido negativo que invierte 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 distinciones 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 se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 18 de junio de 2002. Precisando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que es médica especialista en otorrinolaringología y en el año 2002 trabajaba en el Hospital Regional de Duitama, a donde llegó un representante de Porvenir S.A. quien les brindó una asesoría grupal. En esa asesoría les dijo que había una gran posibilidad de que el ISS se acabara porque el Estado no iba a ser capaz de hacerse cargo de todos los pensionados, eso le produjo temor y miedo. También les dijo que el fondo privado les generaría rendimientos financieros y que se podrían pensionar a cualquier edad, siempre y cuando cumplieran con un monto determinado, aunque no se les explicó nada sobre ese monto. Esas tres razones la llevaron a pensar que era más favorable pertenecer a un fondo privado, pero no fue así. Por último, reconoció que si

bien conocía algunas de las características del RAIS, como por ejemplo que los aportes generarían rendimientos y que los mismos serían depositados en su cuenta de ahorro individual, lo cierto es que sólo recientemente se enteró sobre los requisitos de pensionarse en uno y otro régimen.

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 34 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 realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos propios de éste” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense 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 34 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, así como los rendimientos generados, 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 y rendimientos generados, 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

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.

pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; 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, 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.

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,

R E S U E L V E

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 legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
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 LUIS ARMANDO HERNÁNDEZ GUASCA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

PROVIDENCIA

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 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 en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 9 de julio de 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

DEMANDA

Luis Armando Hernández Guasca, por medio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, para que se condene al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% por persona a cargo, a partir del 10 de agosto de 2002; 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 a folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis indica que: mediante Resolución N° 025968 del 2009 el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 10 de agosto de 2002, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición; contrajo matrimonio con Tránsito Cucaita de Hernández el 21 de noviembre de 1964, con quien ha convivido de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo techo, lecho y mesa; su cónyuge no trabaja ni devenga pensión, razón por la cual depende económicamente de él; el 9 de julio de 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento del incremento pensional por persona a cargo, obteniendo respuesta negativa.

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. 33 a 37); en cuanto a los hechos aceptó la calidad de pensionado del demandante, y la negativa a reconocer el incremento pensional por persona a cargo; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho, incompatibilidad de intereses moratorios e indexación, prescripción, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a 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. 47) en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido; condenando en costas al actor.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, indicando que dentro del proceso se logró demostrar que tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 190, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; agregando que en el presente caso no se debe dar aplicación a la sentencia SU-140 de 2019, teniendo en cuenta que el proceso fue iniciado antes de su publicación.

A su turno, Colpensiones argumentó en sus alegatos que los incrementos pensionales no hacen parte integrante de la pensión; que la Ley 100 de 1993 nada dispuso respecto de la concesión de tales incrementos; y que el régimen de transición únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en regímenes anteriores, pero no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales.

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

Procede la Sala en el grado jurisdiccional de consulta a efectuar el estudio de la sentencia proferida en primera instancia, conforme a lo establecido en el artículo 69 del CPT y SS.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL ACTOR

No es objeto de debate la condición de pensionado por vejez que ostenta el demandante, la cual fue adquirida mediante Resolución N° 025968 del 11 de junio de 2009, en la que el ISS le reconoció el derecho pensional a partir del 10 de agosto de 2002, con una mesada en cuantía inicial de \$1.010.483.00, conforme a los

parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición (fls. 18 a 21).

INCREMENTO PENSIONAL - VIGENCIA

Al momento de reconocimiento de la pensión de vejez al actor estaba vigente la Ley 100 de 1993, que no contempla los incrementos pensionales por persona a cargo, y cuyo artículo 289 deroga todas las disposiciones que le sean contrarias. Así, si bien el promotor de la litis fue beneficiario del régimen de transición consagrado en dicho estatuto, por lo que la pensión se le concedió conforme a lo regulado en el Acuerdo 049 de 1990, esto no significa que los incrementos por persona a cargo tengan viabilidad, ya que el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solamente se aplica en lo que hace a la edad, al tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y el monto de la pensión (porcentaje) respecto del régimen anterior “las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley”, precisando que la norma reguladora es el mentado artículo 36, el que se debe utilizar íntegramente conforme al principio de inescindibilidad, mas no el régimen anterior, porque es aquel el que permite el empleo de la regulación pasada en los términos ya referidos. De ahí, que las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes reconocidas con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, no tienen derecho a los incrementos por persona a cargo.

Sobre el particular la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019, dilucidó las discrepancias de algunas salas de revisión sobre el punto, y concluyó que:

“...salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 (sic) desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015...”

Con lo que se busca asegurar la unidad de interpretación constitucional en el ordenamiento jurídico en condiciones de igualdad y para mantener la seguridad jurídica, valor trascendental en la vida en sociedad. Tampoco es pertinente acoger el principio de favorabilidad, para decidir la controversia planteada, dado

que no existen dos normas que consagren el derecho a los incrementos pensionales o duda sobre cuál se debe aplicar (Art. 21 CST), es únicamente el mentado artículo 36, por lo que, en los aspectos no vislumbrados, se entiende derogados, como ya se puntualizó.

Acorde con el anterior criterio y atendiendo a que en el caso que nos ocupa la pensión de vejez que fue reconocida al actor tiene como fecha de causación el 10 de agosto de 2002, a través de la Resolución N° 025968 del 11 de junio de 2009, bajo los parámetros del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 (fls. 18 a 21), es patente que el accionante no tiene derecho a los incrementos pensionales del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, pues no se encontraban vigentes para la fecha en que causó la pensión de vejez, imponiéndose confirmar 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 consultada.

Segundo.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

Notifíquese legalmente a las partes 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 DE CARLOS ARTURO MOLINA SUÁREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LAS AFP PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 31 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

A N T E C E D E N T E S

Carlos Arturo Molina Suárez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones y a las AFPs Protección S.A. y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación o traslado a la AFP Colfondos S.A., a través de la cual se trasladó del RPMPD al RAIS, y por ende el traslado entre fondos a la AFP Santander hoy Protección S.A. ante el incumplimiento en el deber de información. En consecuencia se ordene la reactivación de la afiliación en el RPMPD con Colpensiones; se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor

Molina Suárez como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, con todos los frutos e intereses y rendimientos financieros, sin deducción alguna; y a Colpensiones a aceptarlos. Así mismo pide que se condene a las demandadas por las costas del proceso y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 30 de noviembre de 1961 y cuenta con 57 años de edad; se afilió y cotizó al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones desde agosto de 1981 donde cotizó 524,29 semanas; se trasladó al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A. previas suscripción de formulario de afiliación el 18 de mayo de 1994, ante promesas y mentiras en pleno abuso del derecho por parte del asesor de la citada AFP, en lo que igualmente incurrió al realizarse su traslado entre fondos a la AFP Santander S.A., la que se limitó a ofrecer una pensión muy superior a la que tendría derecho en el ISS, se garantizaría una mejor rentabilidad y no advirtieron de las ventajas o desventajas de su traslado, se omitió dar información oportuna, completa y suficiente sobre el valor proyectado de la mesada pensional a la que podría tener derecho, mucho menos sobre el capital que debía acumular para obtener su derecho pensión, durante el tiempo que permaneció afiliada a esa AFP no recibió información al respecto; al hacer un cálculo sobre lo que podría recibir en uno y otro régimen, se dio cuenta que la que puede obtener en Colpensiones es muy superior, por lo que se dio cuenta que las AFPs, especialmente Colfondos S.A., omitieron suministrar información sobre su verdadera situación pensional induciéndola a error; debido a ello solicitó a Colpensiones su traslado o la activación de su afiliación, y ésta en respuesta del 24 de mayo de 2019, negó su pedido. Finalmente indica que el 10 de junio de 2019 se le envió por la AFP Protección una simulación de su pensión a los 62 años en un monto aproximado de \$4.542.994,00 mientras que teniendo en cuenta su IBC de los últimos 10 años del RPMPD, le resulta una prestación muy superior, y cuanta con más de 1.368 semanas cotizadas durante su vida laboral.

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 64 a 76, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación y cotizaciones al ISS hoy Colpensiones indicando que solo registra 129.29 el traslado a la AFP Colfondos S.A. y posteriormente a la AFP Santander hoy Protección S.A. y la reclamación administrativa, frente a los demás señaló que no eran ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó: cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, calidades del demandante para conocer de las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica.

La AFP Colfondos S.A, notificada en legal forma, dentro del término de traslado, presento escrito visto a folio 118 del plenario en el que se allanó a las pretensiones de la demanda, conforme al art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del CPT y SS. Y pide que no se le imponga costas judiciales y agencias en derecho.

Por su parte la AFP Protección S.A., dentro del término y en legal forma dio contestación al libelo, en la que se opuso a las pretensiones incoadas (fls. 119 a 130); respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la edad indicando que ya cuenta con 58 años de edad, su traslado a la AFP Santander hoy Protección S.A. el total de semanas cotizadas, y la simulación de la pensión realizada; frente a los demás, indicó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso los que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica e inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

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 (cd fl 178) través de la cual absolvió a

las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, y condenó en costas al promotor.

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 existía ningún vicio del consentimiento al haberse suscrito un formulario de afiliación, ya que la solicitud de nulidad se centra 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 induciéndola a un error ya que lo indicado no correspondía con la realidad. 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 de las ventajas y desventajas del traslado de un régimen a otro, aunado que al hacer el cálculo sobre la proyección de pensión que podría obtener, es evidente que le resulta más favorable la que se reconoce el RPM como en indicó en los fundamentos fácticos de la demanda, y el grado de escolaridad que pudiera tener la demandante, no es relevante frente a la falta de información que debía brindar la AFP, por lo que solicita se revoque la decisión apelada y se conceda las pretensiones formuladas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, solo la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, insistiendo que el debate jurídico se centra en la nulidad del traslado al RAIS debido a la falta de información por parte de la AFP Colfondos S.A. al momento de producirse su afiliación, lo cual está demostrado dentro del proceso, además que no se presentó un proyecto de simulación de la pensión, donde el señor Molina Suárez pudiera entender las consecuencias desfavorables que pudiera tener su traslado, y por el contrario

se le indujo a error. Aunado a ello le correspondía la carga de la prueba a la AFP de demostrar que brindo la información clara, precisa y suficiente y no se aportó prueba de ello por parte de esta, por lo que solicita se revoque la decisión de primera instancia y se concedan 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 PENSIONAL

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 "los asesores de Colfondos S.A. no advirtieron de las ventajas o desventajas de su traslado, se omitió dar información oportuna, completa y suficiente sobre el valor proyectado de la mesada pensional a la que podría tener derecho, mucho menos sobre el capital que debía acumular para obtener su derecho pensión (...)", 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", 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, 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 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.

Pues bien, el señor Molina Suárez al absolver interrogatorio de parte manifestó que unas personas de la AFP Colfondos acudieron a sus oficinas donde laboraba como trabajador independiente, donde los asesores le dieron una información general, en la cual manifestaron que el ISS se iba a acabar y sus aportes allí realizado estaban en riesgo de perderse, por lo que lo que más le convenía era afiliarse al fondo privado, donde tendría mayor rentabilidad y una pensión mucho mayor a cualquier edad, sin hacer ninguna proyección, ni señalaron la forma de pensionarse, y ante esa manifestaciones temerarias pensó que se trataba de una buena decisión, pero allí debido a su condición económica, no pudo cotizar sino un mes; que posteriormente en 2003 al vincularse como trabajador dependiente de la empresa Docuprint S.A. suscribió formulario de afiliación o traslado entre fondos con la AFP Santander hoy Protección S.A. momento en cual tampoco recibió información sobre las ventajas o desventajas de su afiliación, ni mucho menos de la prestación que pudiera obtener, luego cuando pidió proyecciones a los abogados y a Protección S.A., 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 (audio 2, cd fl 178)

Así, 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 Colfondos S.A., al tiempo de acoger como afiliado al

actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, por el contrario como lo reconoce su mismo representante legal en el interrogatorio de parte, la única prueba de ello es el formulario de afiliación, 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 del 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. Aunado que la misma AFP mediante escrito visto a folio 118 del plenario en el que se allanó a las pretensiones de la demanda, conforme al art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del CPT y SS

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 del promotor de la solicitud de vinculación visible a folio 26 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 a la AFP Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber 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 26 del expediente digital , se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor 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.

Tampoco son de recibo para la Sala los argumentos relativos a que, dado el nivel profesional que ostenta el demandante, no puede predicarse una situación de engaño al momento de la afiliación, pues nada se garantiza con el grado de conocimiento profesional del afiliado, cuando es un lego respecto de los temas pensionales.

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. Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el

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.

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, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, 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 el demandante.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por el a quo 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, ya que, 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 social, y otros, los del derecho común, sin que éstos puedan regular los primeros.

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al 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 Carlos Arturo Molina Suarez con destino a la AFP Colfondos S.A., el 18 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo del

mismo año; así como el traslado entre fondos a la AFP Santander hoy Protección S.A. efectuado el 31 de enero de 2003, con efectividad al 1º de marzo del mismo año (fl 142); ordenando a la AFP Protección S.A. último fondo que está vinculada 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, y gastos de administración a Colpensiones, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales sumas.

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 Carlos Arturo Molina Suárez con destino a la AFP Colfondos S.A., el 18 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año, así como el traslado entre fondos a la AFP Santander hoy Protección S.A. efectuado el 31 de enero de 2003, con efectividad al 1º de marzo del mismo año. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

Segundo.- *Ordenar a la AFP Old Mutual 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.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas Colpensiones y AFP Protección S.A.

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 DE NANCY PATRICIA HERNÁNDEZ FINO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 27 de julio de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos 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.

A N T E C E D E N T E S

Nancy Patricia Hernández Fino, 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

accionada en su deber de información. En consecuencia, se ordene a Colpensiones activar su afiliación en el RPMPD, como si nunca se hubiere trasladado; junto con lo que resulte probado ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 y 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 15 de febrero de 1959, por lo que a 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad; el 24 de enero de 2001 se trasladó del Régimen de Prima Media al RAIS, administrado por Porvenir S.A.; el asesor de la época no le brindó información clara, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, tampoco le hizo un estudio de su situación particular; la AFP accionada le efectuó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado arrojando una mesada pensional de \$828.116.00, mientras que al realizar el cálculo en el RPMPD la mesada ascendería \$2.513.882.00; el 23 de agosto de 2019 solicitó ante Colpensiones la nulidad del traslado, obteniendo respuesta negativa el 26 de agosto siguiente.

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. 50 a 60); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por la actora y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado de folios 92 a 111, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra. No aceptó

ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la 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 (C.D. fl. 130) en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenando a esta última trasladar a Colpensiones la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, gastos de administración y bono pensional, si a ello hubiere lugar. Ordenó a Colpensiones recibir a la accionante como su afiliada en las mismas condiciones en que se encontraba al momento del traslado de régimen; condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que no se demostró la existencia de actos que atentaron contra la voluntad de la afiliada, y que la actora suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Añadió que para la fecha del traslado de régimen no era necesario realizar proyecciones pensionales, y que la demandante ha estado afiliada al RAIS por casi 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración dado que estos se causan por la buena administración de la cuenta de ahorro individual de la promotora, y en todo caso estarían prescritos. Por último, manifestó que la accionante, como consumidora financiera, debía informarse sobre el sistema general de pensiones, y que el desconocimiento de la ley no es excusa.

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 no se le debe condenar a recibir a la accionante como su afiliada, toda vez que no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico

celebrado entre ésta y Porvenir S.A.; aunado al hecho que se vería afectado el equilibrio financiero del sistema.

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 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 61 años de edad, conforme se establece con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 11); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 24 de enero de 2001, 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 se le brindó información clara, completa y oportuna sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen", es un hecho indefinido negativo que invierte 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 distingos 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 se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido en enero de 2001. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la representante legal de Porvenir S.A. al absolver interrogatorio de parte aseguró que a la actora sí se le brindó una asesoría verbal sobre las

características de los dos regímenes pensionales, pero lo única prueba que existe es el formulario de afiliación.

A su turno, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que en enero de 2001 trabajaba en el servicio de urgencias de la Clínica San Rafael y fue abordada por una asesora de Porvenir S.A. quien le dijo que le convenía trasladarse de régimen pensional porque en el fondo privado le ofrecían más garantías, debido a que allí se pensionaría a más temprana edad y con una mesada pensional superior a la que podía obtener en el RPMPD, además que el ISS se iba a acabar. No le informaron en qué consistía una cuenta de ahorro individual ni los aportes voluntarios. No recuerda que le hubiesen efectuado un cálculo pensional. Indicó que en el formulario de afiliación verificó que sus datos personales estuviesen bien y luego lo firmó. Finalmente, aseguró que existió engaño al momento de la afiliación porque le dijeron que su pensión iba a ser superior a la que obtendría en el RPMPD y a más temprana edad, lo cual no es cierto, pues por el contrario le indicaron que sólo podría pensionarse a los 62 años y con el equivalente un SMLMV.

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 13 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 realizó de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP 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 13 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, por el contrario, la representante legal de la AFP demandada al absolver interrogatorio de parte acepta que la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación. 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.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por la AFP accionada relativos a 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

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.

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.

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; 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, 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.

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 legalmente a las partes 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 DE RUBÉN DARÍO REYES PATIÑO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 7 de julio de 2020, por el Juzgado Veinticuatro 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.

A N T E C E D E N T E S

Rubén Darío Reyes Patiño, 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 ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 6 a 8 del expediente, en los que en síntesis se indica que: se afilió al ISS el 1° de mayo de 1987, donde cotizó un total de 235 semanas hasta el 15 de diciembre de 1994, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., administradora a la cual continúa afiliado actualmente; el asesor de la época no le informó sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, tampoco le elaboró una proyección pensional, limitándose a indicar que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado se podría pensionar a cualquier edad; reclamó ante las accionadas la invalidación de su afiliación al RAIS y su traslado a Colpensiones, obteniendo respuestas negativas.

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. 102 a 115); en cuanto a los hechos aceptó la inicial vinculación del actor al ISS, su traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó buena fe en las actuaciones de Colpensiones, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través del escrito incorporado de folios 79 a 86, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha del traslado del actor al RAIS, la reclamación presentada por éste y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

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. 159) en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante a través de la AFP Porvenir S.A. el 15 de diciembre de 1994; condenando a esta última a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de Reyes Patiño, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir al accionante como su afiliado, y a actualizar y corregir su historia laboral una vez recibidos los dineros trasladados por la AFP accionada. Declaró no probada la excepción de prescripción; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que el traslado del régimen pensional del actor se realizó en cumplimiento de las normas vigentes para ese momento; que el formulario de afiliación fue firmado de manera libre, espontánea, voluntaria y sin presiones; y que el demandante recibió una

información suficiente y veraz sobre las implicaciones del traslado y las características generales del RAIS. Agregó que para el momento del traslado no era exigible realizar una proyección pensional; aunado al hecho que el accionante no hizo uso del derecho de retracto, y tampoco se probó en el proceso que se le hubiese generado un perjuicio. Dijo que el promotor de la Litis nunca mostró su intención de retornar al RPMPD; que fue poco diligente frente a su situación pensional; y que la ignorancia de la ley no es excusa. Por último, solicitó que no se condene a la devolución de los gastos de administración ni los rendimientos, por cuanto estos fueron descontados por mandato legal y se causaron por la buena gestión de la AFP. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

Por su parte, Colpensiones argumenta que el accionante no es beneficiario del régimen de transición, razón por la cual no es posible aplicar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en consecuencia, es él quien debe probar los supuestos de hecho que invoca. Añadió que no es posible aceptar al demandante como su afiliado porque esto afectaría el equilibrio financiero del sistema.

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 planteados por las demandadas en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a 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 “el asesor de la época no le informó sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen”, es un hecho indefinido negativo que invierte 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 se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 15 de diciembre de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que es médico anesthesiólogo y que en el año 1994 fue visitado en su sitio de trabajo por una asesora de Horizonte, hoy Porvenir; esa asesora era conocida de un compañero de trabajo, y se afilió a esa AFP por hacerle el favor a ella de ganarse la comisión por afiliarlo. Indicó que la asesora no le informó nada sobre el funcionamiento del RAIS, lo único que le dijo es que el ISS estaba en riesgo de quebrar y que en el fondo privado su pensión sería mejor. Agregó que al momento del traslado no le informaron sobre el derecho de retracto ni sobre la posibilidad de retornar al RPMPD posteriormente; y que la decisión de trasladarse la tomó de manera voluntaria, pensando que era verdad lo que le decía la asesora, pero no fue así.

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 Horizonte, hoy Porvenir S.A., al momento de acoger como afiliado al actor, 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 del 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 del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 87 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 la selección del régimen de ahorro individual la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP 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 87 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor 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, así como los rendimientos generados, 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 el 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 del demandante.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por la AFP accionada relativos a 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

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.

mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

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 del 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 y rendimientos generados, 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; 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 el 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 al demandante en el momento de su traslado, 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 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.- *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 legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
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 ANA ISABEL CRUZ GONZÁLEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los diecinueve (19) días de octubre 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 25 de junio de 2020, por el Juzgado Primero 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.

A N T E C E D E N T E S

Ana Isabel Cruz González, por medio de apoderada 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

accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, sin descontar comisiones por concepto de manejo de la cuenta. Asimismo, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 67 a 70 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de enero de 1963; se afilió al ISS el 15 de julio de 1985, donde cotizó un total de 644,43 semanas hasta el mes de julio del 2003, cuando se trasladó a Porvenir S.A.; al momento del traslado el asesor de la AFP accionada no le informó sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, ni sobre las implicaciones de trasladarse al RAIS, tampoco le elaboró una proyección pensional; el 7 de septiembre de 2018 solicitó ante las accionadas la nulidad del traslado, obteniendo respuestas negativas.

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. 103 a 118); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su posterior traslado al RAIS, las reclamaciones presentadas por ésta, y las respuestas negativas obtenidas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado de folios 149 a 171, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la data de su traslado al RAIS, las reclamaciones presentadas por ésta y las respuestas negativas obtenidas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de

la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

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 (C.D. fl. 222) en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenando a esta última trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados, junto con los rendimientos financieros y el bono pensional, si a ello hubiere lugar. Absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que a la actora se le brindó información clara, completa, veraz y concisa sobre las características del RAIS, cumpliendo de esta manera con las normas que se encontraban vigentes al momento del traslado; además la afiliación a esa AFP se dio de manera libre y voluntaria como lo confesó la accionante en su interrogatorio de parte, diligenciando el formulario en el cual manifestaba su voluntad de trasladarse de régimen. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración dado que estos se causan por la buena administración de la cuenta de ahorro individual de la promotora, lo cual generó rendimientos. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

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, en caso de no trasladarse todos los dineros recibidos por la AFP con motivo de la afiliación de la demandante, se vería afectado el equilibrio financiero del sistema.

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 57 años de edad, conforme se establece con su cédula de ciudadanía (fl. 19); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 30 de mayo de 2003, 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 "al momento del traslado el asesor de la AFP accionada no le informó sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, ni sobre las implicaciones de trasladarse al RAIS, tampoco le elaboró una proyección pensional", es un hecho indefinido negativo que invierte 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 distingos 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 se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 30 de mayo de 2003. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó que en el año 2003 trabajaba como docente en el Colegio Nueva Inglaterra, y hasta allí llegaron unos asesores de Porvenir, quienes en una charla grupal que duró aproximadamente 15 o 20 les dijeron que si permanecía en el ISS corrían el riesgo de no pensionarse, porque esa entidad se iba a acabar. Dijo que firmó el formulario de vinculación de manera libre y voluntaria, aunque reconoció que no fue informada de manera clara y concreta sobre las implicaciones de su traslado; tampoco le realizaron una proyección pensional.

Agregó que no sabe qué es una cuenta de ahorro individual y desconoce lo referente al derecho de retracto.

A su turno, la testigo María Victoria Forero Larrañaga, compañera de trabajo de la accionante desde hace 25 años, afirmó que en el Colegio Nueva Inglaterra fueron citados los docentes, incluida la accionante, a una reunión grupal en la cafetería por parte de los asesores de Porvenir, quienes les dijeron que el ISS se iba a acabar y que en el fondo privado tendrían mayores beneficios; aclarando que no les explicaron nada sobre las ventajas y desventajas de trasladarse de régimen.

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 172 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 realizó en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del Régimen de Ahorro Individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP 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 172 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 y los rendimientos, 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; circunstancia que no se configura en

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.

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, 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.

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,

R E S U E L V E

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 legalmente a las partes y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAPPAN~~
~~Magistrado~~

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado