



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por GUSTAVO SANCHEZ BELLO contra COLPENSIONES Y OTRO Rad. 110013105-012-2019-00459-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 de 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2020. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor GUSTAVO SANCHEZ BELLO, como pretensiones principales, solicita se declare que COLFONDOS lo asesoró de manera errada sobre las circunstancias reales y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS, el 01 de junio de 1990; en consecuencia, se declare que COLFONDOS no le suministró información completa, verídica y comprensible antes de cumplir la edad de 52 años, por lo anterior solicitó se decrete la nulidad del traslado al RAIS, se ordene a esta trasladar al RPMPD los aportes, rendimientos junto con las semanas cotizadas; ordenar a COLPENSIONES aceptar el traslado. Se condene en costas y se apliquen las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis manifestó que nació el 19 de noviembre de 1956, que se vinculó al I.S.S. hoy COLPENSIONES el 01 de marzo de 1978, que producto de una mala asesoría se trasladó a COLFONDOS el 01 de junio de 1999; indicó que el asesor le manifestó que no perdería ningún beneficio, y que por el

contrario podía pensionarse a más temprana edad y que obtendría una pensión superior que en el I.S.S. Informó que cuenta con 708 semanas cotizadas en el RPMPD y con 798 cotizadas en el RAIS administrado por COLFONDOS, que cuenta con 62 años de edad y que previo a cumplir 52 años de edad, COLFONDOS no le informó respecto de la posibilidad de regresar al RPMPD. Mencionó que su mesada pensional en el RAIS sería inferior a la que podría obtener en el RPMPD, concluyó que de conocer la proyección económica de su pensión con anterioridad al traslado, no hubiese tomado tal decisión (FIs.03 a 32).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La AFP COLFONDOS S.A. contestó la demanda, oponiéndose a todas las pretensiones; manifestó que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones de una decisión de trasladarse de régimen, indicó las características, funcionamiento y diferencias entre ambos regímenes, como sus ventajas y desventajas, señaló que la afiliación no estuvo precedida de presión o coacción, que vulnerara su libre voluntad y sin coacción alguna, agregó que el demandante por sí mismo suscribió el formulario de vinculación a COLFONDOS S.A., aseveró que no debe declararse la ineficacia o anulación del traslado al RAIS ya que el actor se trasladó válidamente haciendo uso de su libre escogencia, siendo debidamente informado de las características de cada régimen. Así mismo argumentó que no hay lugar a la devolución y/o traslado de todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual, por cuanto el traslado no se hizo en contra de una prohibición legal. Propuso como excepciones de fondo las de «falta de legitimación de la causa por pasiva», «no existe prueba de causal de nulidad alguna», «prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado», «buena fe», «compensación y pago », «Saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación», «Innominada o genérica», «Ausencia de vicios del consentimiento», «Nadie puede ir en contra de sus propios actos », «Obligación a cargo exclusivamente de un tercero » (FIs. 79 a 99).

Por su parte la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, sosteniendo que el accionante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, por tanto era consiente sobre el formulario que suscribió, siendo su escogencia libre, espontánea y sin presiones. Propuso como excepciones de fondo las de: «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe», «declaración de otras excepciones» (FIs. 90 a 115).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 13 de octubre de 2020, declaró ineficaz del traslado del actor a COLFONDOS, a quien condenó a la devolución de saldos, aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES el traslado del demandante, y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos, sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular. Absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró que desde la creación de las administradoras de fondos de pensiones con la expedición de la Ley 100 de 1993, estas tienen el deber de información sobre el sistema pensional, que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el consentimiento del deber de información, tanto que la carga de la prueba le corresponde a los fondos de pensiones y que la violación al deber de información puede darse cuando la persona tiene o no un derecho consolidado conforme a las particularidades de cada caso. Indicó que la ineficacia del traslado no puede analizarse de manera general, enfatizó que los afiliados no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de su traslado, simplemente porque pasado el tiempo su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, contrario a ello, estimó prudente que se analicen las condiciones particulares y que no se establezcan o revindiquen reglas generales que migren la estabilidad del sistema pensional y desconozcan principios fundamentales, como la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre escogencia del régimen. Preciso así, que el presupuesto general es determinar la existencia de una información clara, completa y suficiente, sobre las consecuencias jurídicas de su traslado, con las consecuencias inherentes que pueden repercutir en graves e inmediatos perjuicios que pueden ser advertidos sobre el contenido y alcance, mínimo del deber de información; en ese orden, señaló que para el momento en el cual el demandante presenta su afiliación, en el mes de junio de 1999, ese contenido estaba regido bajo las normas del artículo 97, numeral 01 del Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Preciso de igual forma que la jurisprudencia determinó que los traslados entre una y otra administradora no conllevaría a una ratificación, afirmó que se debe evitar sobredimensionar lo bueno, callar lo malo y parcializar lo neutro, para los efectos de la información, respecto de cada uno de los regímenes pensionales, así las cosas consideró el Despacho que la prueba se centró en el formulario de afiliación, el cual no estableció la condición al derecho al retracto, no

cumpliendo con el Decreto 1161 de 1994, no brindando información de manera clara y suficiente de cada uno de los regímenes; aunado a lo anterior, del interrogatorio de parte se tiene que no hay una circunstancia que constriña la voluntad del afiliado, ni error sobre la persona, bajo este entendido la sentencia SL 1452 de 2019, la cual determinó que frente a este tipo de casos en vicio de consentimiento por error, fuerza o dolo, no siendo el caso del presente proceso, sin embargo al analizar la ineficacia y en este sentido el fondo privado, no cumplió con la prueba de establecer el consentimiento informado; razón por la cual es ineficaz, independientemente que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición. En cuanto a los gastos de administración, señaló que, debía tenerse en cuenta que dentro de la administración hubo cerca de 20 años de la relación jurídica, donde también se generaron unos réditos y una gestión pensional y que tratándose de obligaciones de tracto sucesivo no pueden ser desconocidas, así las cosas, no era dable ordenar la devolución de gastos de administración.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque integralmente la sentencia de primera instancia absolviéndose de la misma, argumentando que el juzgado desconoce la normatividad que regula lo concerniente a los vicios de consentimiento toda vez que no se observó ni fuerza, ni dolo, poniendo de presente el artículo 1750 del CC el cual establece que pasados 3 años se subsanó lo allí ocurrido, igualmente se desconoció lo establecido en la Ley 797 de 2003, frente al tiempo estimado para hacer traslado entre regímenes, igualmente el precedente judicial de la sentencia SU 062 de 2010, con el requisito de que hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 el aquí demandante no cumplía con las 750 semanas cotizadas o 15 años de servicios, frente a los gastos de administración, señaló que al no existir un contrato, tampoco debieron haberse cobrado por parte de la administradora.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, tanto el demandante como la demandada COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión en similares términos al indicado en su demanda, y la apelación respectivamente; la primera solicitando se confirme la decisión tras insistir en que no se suministró una información suficiente, clara, oportuna y cierta,

comprensible, autónoma, consciente y objetiva al momento del traslado de régimen pensional, en cuanto a la demandada solicitó que se revoque la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

A folio 124 obra copia de la cedula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento del actor el 19 de noviembre de 1956, por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 19 de noviembre de 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante a COLPENSIONES el 23 de abril de 2015 y ante COLFONDOS el 16 de mayo de 2019 (Fl. 53 y 124), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 486,29 semanas de cotización (fl. 124), equivalentes a 9 años, 3 mes y 25 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció 09 de abril de 1999 (Fl. 33 y 100), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a el demandante, ya que de manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 33 y 100), plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. esto no constituye en manera alguna medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la

información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen el 09 de abril de 1999 (fl. 33 y 100), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de la apelación y la consulta que se surte a favor de la entidad pública Colpensiones, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores así como del valor de las primas de seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020), de tal manera que se modificará en este puntual aspecto la sentencia, como quiera que el a quo no accedió a la devolución de dichos gastos administrativos.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante sea beneficiaria del régimen de transición o contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para

impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

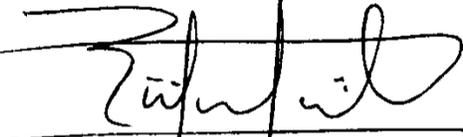
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido que además de la devolución allí ordenada, se incluyen los gastos de administración y el valor de las primas de seguros, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

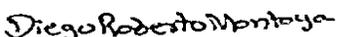
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OLGA LUCIA LOPEZ CUBILLOS contra COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-014-2018-00711-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas judiciales de las codemandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de octubre de 2020. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora OLGA LUCIA LOPEZ CUBILLOS, pretende se declare que la afiliación hecha al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS; en cabeza de PORVENIR S.A. el día 30 de noviembre de 2004, es nula o ineficaz, por tanto, no produjo efectos jurídicos. Como consecuencia de lo anterior, se declare como afiliación válida la que realizó ante el ISS hoy COLPENSIONES, se declare que se retrotraen los efectos de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- en las AFP PORVENIR y HORIZONTE, en tal sentido trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados, como si el traslado nunca se hubiera realizado; lo ultra y extra Petita, más costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que nació el 09 de octubre de 1961, que se afilió al ISS el 10 de diciembre de 1979, cotizando un total de

796 semanas, que el día 30 de noviembre de 2004 se trasladó al RAIS en la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., refirió que su traslado no estuvo precedido de una debida asesoría sobre las condiciones de su pensión de vejez en los dos regímenes, que le permitiera evaluar sus reales condiciones pensionales; PORVENIR S.A. no le brindó información sobre la posibilidad de traslado del RAIS al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, antes de cumplir 47 años de edad; explicó que tanto en la afiliación inicial al RAIS, específicamente a PORVENIR S.A como su traslado a HORIZONTE AFP hoy PORVENIR, solo recibió asesoría que le motivara a afiliarse al RAIS. Que el 08 de febrero de 2018, solicitó a PORVENIR S.A. una simulación de pensión de vejez, la cual le informó que su mesada pensional para la fecha en que cumpliera 57 años de edad en el RAIS sería de \$861.200, mientras que, si estuviera afiliada al RPMPD, tendría derecho a una pensión de vejez de \$1.869.484 aproximadamente. Consideró que la inexistencia de la asesoría por parte de las AFP vició su consentimiento, configurándose una causal de nulidad de la afiliación. Finalmente, señaló que el 06 de abril de 2018, radicó solicitud de anulación ante COLPENSIONES solicitando la anulación de la afiliación por ilegalidad en el traslado, siendo resuelto de manera negativa, solicitud reiterada el 02 de agosto de 2018 siendo nuevamente negado (Fls.77 a 95).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La demandada AFP PORVENIR S.A contestó la demanda oponiéndose a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen, por cuanto la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo tanto, las regla y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, si no que obedeció a las disposiciones que regulan el RAIS. Consideró ser claro que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello, suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS, manifestando así pleno conocimiento en el proceso de vinculación, con su firma, dejando constancia expresa de su libre escogencia, espontanea y sin presiones al RAIS. Manifestó que la información suministrada, es integral y comparativa entre ambos regímenes, dejando la toma de decisiones única y exclusivamente en cabeza del afiliado, quien recibió numerosas asesorías en temas pensionales, lo cual evidenció un cumplimiento en el deber de información y el pleno conocimiento de la demandante en cuanto al RAIS, aseveró que su firma en el formulario de afiliación, debe tomarse como el nacimiento a la vida jurídica de un acto lícito, consentido, e informado por la accionante. Propuso como excepciones de mérito las de: «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», «innominada o genérica» (fls. 116 a 123).

A su turno, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que en virtud del derecho a la libre escogencia de régimen pensional, contemplado en la Ley 100 de 1993, pueden optar por el RPMPD o el RAIS, de conformidad con las normas vigentes, la misma normatividad establece la posibilidad de trasladarse entre regímenes 1 vez cada 5 años, contados a partir de la afiliación inicial y hasta cuando le falten 10 años o menos para adquirir su derecho pensional; se tiene que la solicitud de traslado al RPMPD se presentó ante COLPENSIONES el 06 de abril de 2018, fecha en la cual contaba con 56 años de edad, encontrándose así inmersa dentro de la prohibición consagrada en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, literal e, y dado a que no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994, de conformidad con la sentencia SU 062 de 2010, resulta improcedente su traslado, abonado a lo anterior, indicó que mediante el derecho a la libre escogencia de regímenes en materia pensional el afiliado acepta directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en él, y el desconocimiento de cualquier disposición frente a este no es argumento suficiente para alegar la nulidad del traslado, razón por la cual COLPENSIONES no está facultada para recibir los aporte efectuados al RAIS específicamente de la AFP PORVENIR S.A. Propuso como excepciones de mérito las de: «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «imposibilidad del traslado», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional», «error de derecho no vicia el consentimiento», «presunto de legalidad de los actos jurídicos», «buena fe de COLPENSIONES», «prescripción», «prescripción de la acción», «enriquecimiento sin causa» e «innominada o genérica» (fls. 139 a 149).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 14° Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 06 de octubre de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS de la demandante, y como consecuencia de lo anterior, señaló que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media, administrado hoy por COLPENSIONES, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de ahorro de la demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo, condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, consideró las pretensiones de la demanda se sustentan en la falta de información del fondo privado, al no brindarle a la demandante información veraz, completa y suficiente sobre las consecuencias del traslado, además señaló que la celebración de tal acto exige el cumplimiento ineludible de ese deber, tanto que el consentimiento informado constituye presupuesto de eficacia. Señaló que la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral ha indicado que las AFP se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados de manera cierta, clara, comprensible y oportuna sobre las características de cada uno de los regímenes, sentando como regla que no es un deber solo para los afiliados que tengan una expectativa, sino que es predicable para todos los eventos, y corresponde a las administradoras acreditar el consentimiento informado en el acto de traslado, en el evento que el afiliado manifieste que no le suministraron información al momento del traslado, que la afirmación de esta índole es negativo, invierte la carga de la prueba, siendo responsabilidad de las administradoras brindar información, lo que incluía informar acerca del régimen de transición o la pérdida de derechos pensionales, posteriormente se estableció el deber del buen consejo y la obligación del asesor de mostrar ventajas y desventajas al afiliado, de su situación particular, indicó que el simple consentimiento en los formatos pre impresos no dan por demostrado su deber de información, porque si bien muestran un consentimiento, no acreditaban que este hubiera sido informado, agregó que la AFP no allegó elementos de prueba para desvirtuar lo dicho por la demandante, por el contrario se recordaron los testimonios de las señoras CLAUDIA y ROSA ELMIRA que si bien no estuvieron presentes al momento de la suscripción del traslado, si coincidieron en la reunión grupal que convocó la AFP en su sitio de trabajo en el cual el promotor informó que el ISS se iba a acabar, de modo que la información brindada promovió el traslado y no suministró características, condiciones, modalidades de pensión, efectos y riesgos de cada régimen pensional, no demostrando que con la información suministrada se le permitiera a la demandante comprender beneficios y desventajas del cambio de régimen, no demostrando el consentimiento informado.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de PORVENIR S.A., inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación, solicitando que se decrete la legalidad de la vinculación suscrita entre la demandante y PORVENIR S.A, argumentando que el traslado se realizó fue ejecutado de manera correcta dentro de los parámetros legales y cumpliendo a cabalidad el deber de asesoría que el fondo privado tiene para vincular a un afiliado, siendo este un acto válido, en la medida que la demandante suscribió la solicitud de vinculación de manera libre y espontanea sin ningún tipo de presiones y exenta de vicios, luego de haber recibido asesoría por parte de PORVENIR, demostrado con la

firma de la accionante en la casilla de afiliación que allegó como prueba en el plenario, agregó que si bien es cierto la carga de la prueba radica en un fondo privado, explicó que dicha condición fue cumplida en desarrollo de la práctica de pruebas, siendo improcedente declarar la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS. De otro lado, indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en su literal e), establece un límite para que pueda realizarse el traslado, señalando un plazo de 10 años, en concordancia con el numeral a) la selección de régimen es de libre escogencia de la demandante; señalando que por el tiempo que lleva la actora en el RAIS de manera tacita la actora denota su conformidad en su permanencia en el mismo. Insistió en que no existió vicio del consentimiento, además para el año 2004 no era obligatorio realizar proyecciones pensionales a los futuros afiliados, y que el deber de asesoría fue hasta la Ley 748 de 2014.

Por su parte, la apoderada judicial de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque sentencia de primera instancia, esgrimiendo para ello que si bien PORVENIR S.A. no brindó información o asesoría que le correspondía, lo cierto es que no puede endilgársele a COLPENSIONES las consecuencias derivadas del contrato celebrado entre dichas partes, en virtud del artículo 1602 del Código Civil que establece que el contrato es ley para las partes, en concordancia con el principio de relatividad jurídica, y adicional a ello la demandante ya cumplió con la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, su regreso al RPMPD implicaría una violación directa al principio de igualdad, de los demás afiliados que han construido su mesada pensional, mes a mes.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de su escrito de demanda, solicitando se confirme el fallo de primera instancia. Por su parte, las recurrentes en similares términos a la apelación solicitaron la revocatoria de la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de

lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 04 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 09 de octubre de 1961, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2018, procediendo a solicitar su traslado mediante las peticiones elevadas ante COLPENSIONES el 06 de abril de 2018 y el 02 de agosto de 2018 (Fl. 48 a 51 y 54 a 56), es decir, cuando evidentemente faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 552,74 semanas de cotización (fls. 5 a 13), equivalentes a 10 años, 7 mes y 4 días, no encontrándose en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 10 de marzo de 1999 (Fl. 103), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado de régimen, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida, entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera

completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verificará en este asunto si en el momento del traslado de régimen la accionante no recibió la información correspondiente en los términos expuestos, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, ya que en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 103) plasmado en el formulario de afiliación a hoy PORVENIR S.A., estos no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que de los testimonios de las señoras CLAUDIA AGUADO y ROSA HELENA SUBA no puede extraerse que se le haya brindado la información necesaria y la de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre el futuro pensional de la actora.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen el 10 de marzo de 1999 (fl. 103), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias

derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de la apelación y la consulta que se surte a favor de la entidad pública Colpensiones, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores así como del valor de las primas de seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020),

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de de igualdad con los demás afiliados, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuales asumen los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción propuesta, es claro que esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

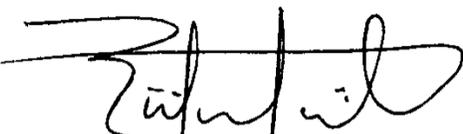
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

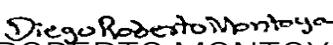
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 202.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ZORAIDA ACERO contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-018-2018-00145-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la parte accionada, PORVENIR y COLPENSIONES, contra la sentencia proferida por el Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de septiembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ZORAIDA ACERO, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 16 de diciembre de 1998 a la Sociedad Administradora de Fondo Pensiones -AFP PORVENIR S.A., y se declare válida y vigente la afiliación al Régimen de Prima media con Prestación Definida- RPMPD; en consecuencia, se condene a COLPENSIONES recibirla nuevamente como afiliada cotizante; igualmente, se condene a la AFP PORVENIR a liberarla de sus bases datos y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES. Por último, se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita debatido y probado en el proceso y al pago de costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 11 de marzo de 1960, afiliándose a la Caja Nacional de Previsión Social -CAJANAL, el 16 de

octubre de 1982, luego continuó en el ISS, hoy COLPENSIONES, hasta el 16 de diciembre de 1998, fecha en la cual se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., esta afiliación se dio en virtud de un asesor, que le manifestó sobre la liquidación del ISS por lo que sus aportes se encontrarían en riesgo, le ofreció unos beneficios para que accediera a ese traslado, tales como la posibilidad de pensionarse a más temprana edad y que el monto de la pensión sería más alta de la que recibiría en el ISS, no obstante el asesor no le realizó una proyección de la liquidación de su pensión en ambos regímenes, tampoco le informó sobre el monto del capital requerido en PORVENIR para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado ni el monto del capital requerido en la AFP para que sus beneficiarios lograran heredar en retiro programado. De otro lado, no le indicó el plazo que tenía para retornar al régimen solidario con prestación definida, pero le indicó que si al llegar a la edad de pensionarse no lo quería hacer podía retirar su dinero de la cuenta de ahorro individual sin ningún inconveniente. En cuanto al formulario de afiliación, no contaba con la información clara, precisa y suficiente que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional, tal como se exige. La AFP no le indicó que faltándole 10 años o menos para tener la edad de pensión no puede cambiar el régimen de pensiones. Los asesores en ningún momento ofrecieron el consentimiento informado referente a los beneficios y consecuencias de su traslado de régimen, señalando que la información brindada fue verbal por lo que no existen documentos o pruebas que indiquen lo contrario. Por otro lado, mediante documento proferido por la AFP PORVENIR, indicó que para el 14 de febrero de 2018 y durante toda su vida laboral tenía un total de 967 semanas cotizadas y un total de capital acumulado de \$134.987.008, por lo que su pensión sería de \$781.242, al cumplir los 67 años de edad y con 1.177 semanas cotizadas. Que actualmente tiene un total de 1872 semanas cotizadas por lo que su pensión a los 57 años y bajo el RPMPD sería de \$3.477.553, por ello, que solicitó ante la AFP PORVENIR y COLPENSIONES la nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa por ambas administradoras (FIs. 3 a 27 y 72 a 78).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas, pues la accionante no es beneficiaria del régimen de transición al no haber cotizado 15 años o más al Sistema General de Pensiones y de haber sido beneficiaria, al generar el traslado, perdió su beneficio; seguidamente informó, que ya se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal faltándole 10 años o menos de adquirir la edad de pensión y tampoco contaba la actora con una expectativa legítima,

razón por la cual la posible falta de información en que pudo incurrir el fondo de pensiones no logra acreditar un engaño que a la postre invalide el cambio de régimen. Respecto a la nulidad por vicio del consentimiento por error, señaló que no todo error genera nulidad, toda vez que este debe ser determinante de la voluntad y afecte la validez del acto. Adicionalmente, indicó, la ratificación expresa o tácita de la afiliada saneó el vicio del contrato y el tiempo permitido para presentar la acción ya está supeditado a la acción de prescripción. Presentó como excepciones de fondo, las de «Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido», «prescripción», «innominada» y «buena fe» (FIs. 98 a 104).

Por su parte, la AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, declaraciones y condenas solicitadas puesto que la demandante pretende se declare la nulidad absoluta por vicio en el consentimiento del acto jurídico, lo cual no es procedente pues por esta causal solo podría operar la nulidad relativa susceptible de ratificación que se presentó para el caso concreto, teniendo en cuenta el pago de los aportes mensuales y la afiliación de la demandante durante cerca de 20 años que además contando con la posibilidad de solicitar el retorno al RPM, no lo hizo, de lo contrario, la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado estaría desconociendo el principio de la autonomía de la voluntad privada con que contaba la demandante. Por otro lado, la actora no acreditó la mala fe ni situaciones o actuaciones dolosas respecto de su afiliación al RAIS, mientras que el consentimiento de la demandante fue informado, pues suscribió la solicitud de vinculación en un documento público que se presume auténtico, por lo que la escogencia de régimen fue libre y voluntaria. Presentó como excepciones de fondo, las de «Prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «genérica» (FIs. 123 a 142).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la AFP PORVENIR S.A. el día 16 de diciembre de 1998 y que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció al RPMPD; como consecuencia de ello, ordenó a PORVENIR el traslado de todos los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, junto con sus rendimientos financieros y gastos financieros; ordenó a Colpensiones recibir los dineros ahorrados por ella en su cuenta de ahorro individual; declaró como no probada la excepción de prescripción. Por último, condenó en costas y agencias en derecho a PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló en síntesis que, teniendo en cuenta la Jurisprudencia emitida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia respecto de los significados de ineficacia, invalidez y nulidad del traslado, pese a que la demandante se refirió al caso como nulidad, debía estudiarse como ineficacia, al argumentar que se vio afectada su afiliación al no existir información por parte de la AFP, para lo cual, dicha información se debe comprender en todas las etapas de la afiliación hasta la terminación de las condiciones para el disfrute pensional, razón por la cual, la carga de la prueba se trasladó a las administradoras. Preciso que los formularios al ser formatos preimpresos no son suficientes para probar el cumplimiento del deber de información y respecto a la carga de la prueba, esta debe invertirse a las administradoras de pensión, pues de no hacerlo, se incumple con su deber de información, además como el afiliado no puede probarlo, le corresponde hacerlo a su contraparte. Por lo anterior, concluyó que, en el caso bajo examen, si bien se aportó el formulario de afiliación, no se demostró que se hubiese suministrado una información clara y precisa sobre las características, condiciones y consecuencias del cambio de régimen pese a que la carga probatoria le corresponde a la AFP, por lo que, hubo un incumplimiento al deber de información por parte de la AFP POVENIR.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de PORVENIR, apeló la decisión argumentando para tal efecto que si bien el Despacho basó su decisión en jurisprudencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se están afectando tres principios fundamentales del derecho: inescindibilidad de las normas, confianza legítima y sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones. En cuanto al primero, indicó que se hizo una interpretación parcializada e incorrecta de las figuras de nulidad e ineficacia, toda vez que a la ineficacia se le dio un trato de consecuencia jurídica de una nulidad, es decir, de volver las cosas a su estado original, lo cual no es resultado de la ineficacia, lo cual es dejar en libertad al afiliado para que sea él quien tome la decisión de elección del régimen al cual quiere pertenecer, para tal efecto hizo referencia a la sentencia C-345 de 2017, concluyendo que se está propendiendo a una responsabilidad objetiva. Frente a la confianza legítima, indicó que se afectó pues la Rama Judicial está cambiando las reglas de juego, que no es posible cambiar las normas, toda vez que no se le está dando valor al formulario de afiliación pues es este un requisito exigido para la validez y al no ser tachado se presume un documento auténtico, que demuestra la voluntad de la afiliada de cambiarse de régimen; y, frente al principio de sostenibilidad financiera, indicó que Colpensiones y los fondos privados tendrán que asumir y destinar subsidios públicos para estas pensiones, lo que va en contravía con lo señalado por la Corte Constitucional al respecto. Preciso con relación a las condenas que las mismas se

enmarcan por fuera del ordenamiento jurídico, ya que el artículo 1746 del CC habla de restituciones mutuas, no unilaterales, y al volverse las cosas a su estado original, queda una pregunta en el aire: ¿si se generó la ficción jurídica de que la hoy demandante nunca estuvo en el RAIS, cuál es el fundamento jurídico y soporte normativo para condenarla a restablecer o pasar a COLPENSIONES los ejercicios financieros si estos nunca se crearon?, generando así un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante y de Colpensiones. Señaló que la excepción de prescripción si debe prosperar en torno a los gastos de administración, especialmente si se sostiene que estos no hacen parte integral de los dineros destinados a la pensión en ninguno de los dos regímenes, por tanto, son emolumentos netamente económicos similares a las mesadas pensionales, por lo que si son prescriptibles y así se debieron declarar.

A su turno, la apoderada judicial de COLPENSIONES, apeló la decisión considerando que la demandante se encuentra bajo la prohibición legal de trasladarse, ya que lo solicitó a 10 años o menos para alcanzar los criterios (sic) pensionales. Adicionalmente, con el acervo probatorio allegado, se demuestra que es abogada, que es conocedora de la norma desde antes que se diera el traslado, guardando silencio, no realizó petición alguna, sino que faltándole poco para acceder al derecho a la pensión presentó su inconformidad; tampoco se demostró que haya sido engañada para tomar una decisión desfavorable a sus intereses, quedándose por más de 12 años en la AFP; agregó que la sentencia también afecta el principio de sostenibilidad financiera que se basa en los principios de igualdad y equidad de quienes realmente efectúan cotizaciones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión en similares términos a los de su escrito de demanda, solicitando se confirme el fallo de primera instancia. Por su parte, las recurrentes alegan en similares términos a la apelación y solicitaron la revocatoria de la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 29 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 11 de marzo de 1960, por lo que la edad de 57 años, la cumplió el mismo día y mes del año 2017, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 15 de enero de abril de 2018 (Fls. 37 a 40), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho pensional en el RPMD y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios cotizados a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, contaba con 11 años, 5 meses y 15 días de servicios a la Rama Judicial, con vinculación a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL -CAJANAL- (fls. 47 a 57), no encontrándose en la excepción

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida RPM al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 16 de diciembre de 1998 (Fl. 37 y 143), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del

régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose así, que se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional de la asesoría, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fl. 37) plasmado en el formulario de afiliación a hoy PORVENIR S.A., estos no constituyen en manera alguna medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que, del interrogatorio de parte a la actora no puede extraerse confesión en el sentido que se le haya brindado la información necesaria y la de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional; precisándose en este contexto, que el hecho de ser abogada la actora, no implica que no sea una afiliada lego en lo concerniente a los temas de la seguridad social y pensional.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado de régimen el 16 de diciembre de 1998 (fl. 37), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima

media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación y el grado jurisdiccional que se surte a favor de Colpnesiones, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales deben retornar de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020), de tal manera que debe confirmarse ese puntual aspecto de la decisión en tanto y en cuanto es el tratamiento que al respecto ha dado la Sala de Casación Laboral y que se acoge conforme se dijo al inicio de las consideraciones.

Desde luego que, tampoco le asiste razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financieras y/o de igualdad con los demás afiliados, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, las cuales soportan las cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida por el yerro en que se incurrió, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las

diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento, incluyendo los aspectos relacionados con gastos de administración. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

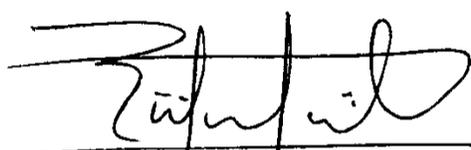
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

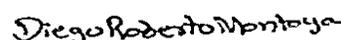
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ELIZABETH CESPEDES OSORIO contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Rad. 110013105-015-2019-00613-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada, PORVENIR S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de septiembre del 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ELIZABETH CESPEDES OSORIO, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de Régimen de Prima Media con Prestación Definida- RPMPD- al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS-, como consecuencia de lo anterior, se declare su afiliación en COLPENSIONES sin solución de continuidad; se condene a PORVENIR S.A. entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta individual, con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros, para depositarlos en COLPENSIONES, a quien se debe ordenar recibirlos.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó la demandante haber nacido el 13 de enero de 1959, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, el 17 de agosto de 1981, cotizando un total de 604.42 semanas válidas para pensión, informó que también realizó cotizaciones a la CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL

«CAJANAL» equivalente a 123 semanas. Sostuvo que, en el mes de agosto de 1995, se trasladó a PORVENIR S.A, precisando que al momento de su traslado el asesor comercial de PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de información, al no brindarle información necesaria e ilustración suficiente, relacionada con las consecuencias del traslado de régimen pensional ofrecido, explicó que PORVENIR S.A. a través de su asesor comercial, diligenció un formulario de solicitud de vinculación, sin advertirle que este formulario la trasladaría de régimen pensional, sin informarle las ventajas y beneficios que tendría de seguir cotizando al RPMPD en cuando a la edad y monto de la pensión. Se le indicó igualmente que el ISS se iba a acabar y por ello, de no trasladarse a un fondo privado perdería los aportes efectuados, y que el Gobierno Nacional no garantizaría el reconocimiento y pago de las pensiones a sus afiliados. Adicional a lo anterior, el promotor comercial prometió que su pensión sería reconocida antes de cumplir los 57 años de edad, con un valor superior al que correspondería en el RPMPD, no la ilustró acerca de las ventajas y desventajas del RPMPD, omitiendo elaborar cuadro comparativos de los dos regímenes, con el objetivo que la información fuera clara y suficientemente ilustrada, para que su consentimiento hubiera sido informado, sin explicarle que el monto de su pensión dependía del capital acumulado en una cuenta de ahorro individual, de acuerdo con el monto de sus cotizaciones, omitió su deber de información y de buen consejo; el 15 de febrero de 2019 PORVENIR S.A. entregó una simulación pensional, con 1.764 semanas cotizadas, le informó que reconocería una mesada pensional al cumplir 60 años por el valor de una salario mínimo legal mensual vigente. Concluyó que mediante derecho de petición el 08 de agosto de 2019, solicitó el trámite ante COLPENSIONES de la entrega de todo el ahorro efectuado en su cuenta individual, siendo respondida de manera negativa (FIs. 03 a 13).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda manifestando no constarle la pretensión primera y segunda, toda vez que es PORVENIR S.A. la que debe probar en qué circunstancias se trasladó la demandante, por tanto, no puede COLPENSIONES acarrear con errores de otras administradoras o sus errores por falta de información. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios» y «declaratoria de otras excepciones» (FIs. 35 a 46).

PORVENIR S.A, por su parte, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, como quiera que la afiliación con la demandante, fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, como se evidencia en la solicitud de vinculación, en el cual se

observa la declaración escrita, pretendiendo desconocer el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación», «excepción genérica» (Fls. 63 a 84).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del diez (10) de septiembre de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante, el Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, el día 17 de agosto de 1995, a través de PORVENIR S.A., como consecuencia de lo anterior, ordenó a PORVENIR S.A. trasladar los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES y a esta administradora recibirlos, como si nunca se hubiera trasladado.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que la escogencia de régimen, y una vez escogido solo podrá trasladarse 1 vez cada 3 años, contados a partir de la selección inicial, norma que se encontraba vigente para el momento del traslado esto es en el año de 1995, en concordancia con el radicado 397 72 del 05 de octubre del 2010, de la Corte Suprema de Justicia en cual indicó que estas afiliaciones deben permanencia un mínimo de tiempo, contado a partir de cuando ya se puede escoger, es decir a partir del 01 de abril de 1994, no pudiéndose trasladar antes de los 3 años de la selección inicial. Bajo este entendido, consideró que la afiliación efectuada en 1995 es ilegal por no cumplir el término de permanencia mínimo exigido por la norma, ya en vigencia de los dos regímenes, razón por la cual se declaró la ineficacia. Agregó igualmente, que las AFP tienen la obligación de cumplir con un deber de información a las personas por afiliar, explicando características que ambos regímenes, siendo de esta la carga de la prueba frente a la información negativa del afiliado de no recibir tal información, en tal medida, sostuvo que PORVENIR S.A. no logró demostrar el deber de información, no existiendo ninguna otra prueba que de fe de la información, más que el formulario de afiliación, sin que la accionante confesara haber recibido información suficiente. Consideró igualmente que no es procedente el traslado de los gastos de administración en la medida que, por disposición legal, los fondos tienen derecho a cobrar los gastos de administración, además, porque cumplió con la función de asegurador el tiempo que estuvo vinculada la demandante.

RECURSO DE APELACION

El apoderado judicial de PORVENIR S.A, apeló la decisión, solicitando sea revocada en su totalidad la sentencia de primera instancia, argumentando para tal efecto, que

para declarar la ineficacia del traslado, se tuvo en cuenta 2 criterios, uno frente a la ilegalidad del traslado de régimen del artículo 13 literal e) de 1993 y otro frente a la falta del deber de información. En el primer punto difiere de la decisión teniendo en cuenta que existe un decreto reglamentario respecto de las personas que venían afiliadas a COLPENSIONES y CAJANAL para el 31 de marzo de 1994 no aplicaba esa prohibición contenida en el artículo 15 del decreto 692 de 1994, y la demandante realizó el traslado de régimen para 1995, en vigencia de la Ley 100, evidenciando que no se cumple con el término legal de 3 años, no obstante existe una excepción pero no aplica tal prohibición legal a la actora. Respecto del deber de información, mencionó que no ha sido el mismo desde la conformación de los fondos a la actualidad, y en ese sentido al momento del traslado el deber de información era ponerle de presente las características propias del régimen a los posibles afiliados, indicando si estaban en una condición especial, cumpliendo con el deber de información allegando el formulario de afiliación, por su parte con el interrogatorio de parte deja ver que la demandante no recuerda la información que se le dio al momento del traslado, de lo que no puede concluirse que no se le brindó información.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones, COLPENSIONES en similares términos a los indicados en la contestación de la demanda, solicitando que se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra; de igual modo, la AFP PORVENIR S.A solicita la revocatoria de la sentencia. De igual modo la parte actora, en términos similares a los indicados en la demanda, solicitó la confirmación de la sentencia de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Pues bien, para resolver la controversia planteada es menester recordar que de acuerdo a lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, «Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán

trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional», cuya aplicación desde luego, inició con la entrada en vigencia de la citada Ley, que para el caso de los trabajadores particulares, inició el 1° de abril del año 1994 y para los empleados territoriales comenzó a regir a más tardar el 30 de junio de 1995, en los términos del artículo 2° del Decreto 691 de 1994.

De igual manera, el inciso 7° del artículo 1° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1994, dispuso lo siguiente: «Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado».

En este sentido, la demandante comenzó a configurar el derecho a la pensión estando vinculada al régimen manejado por el Instituto de Seguros Sociales a partir del 17 de agosto de 1981 hasta el 10 de mayo de 1982, luego ante CAJANAL a partir del 24 de octubre de 1984 hasta cuando se trasladó al RAIS, cumpliendo entonces con el presupuesto antes mencionado, es decir, que estaba vinculada al ISS, o en su defecto al RPMPD, para 1994 y hasta el año 1995 cuando comenzó a cotizar con la AFP PORVENIR (fls. 20 a 27), por lo que cumple con el presupuesto de estar afiliada antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993.

En este orden de ideas, para la Sala de decisión resulta claro que la actora debía entenderse inscrita en el régimen de prima media con prestación definida al momento de entrar en vigencia, para ella, la Ley 100 de 1993, de ahí que, el traslado efectuado el 14 de agosto de 1995 al RAIS en la AFP PORVENIR (FI. 20), se encuentra ajustado a derecho, pues como ya se indicó, en su condición particular podía trasladarse de régimen pensional en cualquier tiempo, sin estar sujeta a la prohibición de permanencia mínima de 3 años, aunado al hecho que, la vinculación y/o afiliación es una sola, permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado¹ y está sujeta «a una primera inscripción²», que en este caso ocurrió en el año 1981.

Por lo anterior, no hay lugar a dejar sin eficacia la afiliación por este puntual aspecto. De modo que, seguidamente se pasará a estudiar el segundo argumento que tuvo el a quo para declarar la ineficacia del traslado.

Para tal efecto, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia bajo esa óptica es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 19 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento de la actora el 13 de enero de 1959, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el mismo día y mes del año 2016, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante tanto a COLPENSIONES en el mes de agosto de 2019 (Fls. 32-33), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad exigida para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos contaba con 530,43 semanas de cotización (fls. 22 a 26 y 47) equivalentes a 10 años, 2 mes y 0 días, por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 14 de agosto de 1995 (Fl. 20), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información íntegra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del

buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (fol. 20), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que, del interrogatorio de parte no puede extraerse que se le haya brindado la información necesaria y la de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional.

En este orden de ideas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP PORVENIR omitió en el momento del traslado, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de la apelación y la consulta que se

surte a favor de la entidad pública Colpensiones, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores así como del valor de las primas de seguros previsionales, todo lo cual debe retornar y de manera íntegra al Régimen de Prima Media que administra Colpensiones, lo cual legitima su reclamo y además porque pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020),

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

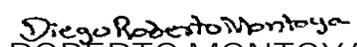
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado NEPOMUCENO RODRIGUEZ LOZANO contra ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURAL COLOMBIA Y COLPENSIONES. Rad 110013105-010-2018-00621-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte accionada, ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA contra la sentencia proferida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de septiembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor NEPOMUCENO RODRIGUEZ LOZANO pretende que se declare que entre él y la sociedad INGESER DE COLOMBIA S.A. existió una relación laboral, que durante el periodo comprendido entre el 06 de diciembre de 1986 y el 29 de abril de 1993 tenía a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de sus trabajadores; que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía contrato vigente con las sociedad Ingesser de Colombia; que esta misma sociedad no realizó los pagos al ISS de sus aportes pensionales para el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 1995 y el 15 de enero de 1996 e igualmente que la sociedad Ingesser de Colombia S.A. fue absorbida por la sociedad ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURAL COLOMBIA, por ende, esta última está llamada a responder por las obligaciones causadas por la sociedad disuelta; en consecuencia, se condene a la sociedad demandada al reconocimiento y posterior traslado del cálculo actuarial que efectúe Colpensiones, correspondiente a sus aportes pensionales causados durante

el periodo del 01 de diciembre de 1995 y el 15 de enero de 1996. De otro lado, se ordene a COLPENSIONES realizar el cálculo actuarial por los periodos a que resulte condenada la demandada, también aceptar el bono o título pensional resultante de cálculo actuarial y como consecuencia de la condena, que dichas sumas sean contabilizadas como semanas de cotización a su favor. Lo ultra y extra petita e igualmente al pago de costas y gastos del proceso.

Como peticiones subsidiarias, solicitó que en el evento de no ser procedente el cálculo actuarial solicitado, se condene a la sociedad demandada trasladar a COLPENSIONES el provisionamiento debidamente actualizado de sus aportes pensionales causados, teniendo en cuenta los periodos laborados y en caso de no ser procedente el traslado del provisionamiento solicitado, se condene a la sociedad demandada, trasladar a Colpensiones el bono pensional y/o título pensional con sus aportes pensionales, teniendo en cuenta los periodos laborados.

Como fundamento de las pretensiones, en síntesis, informó haber laborado para la sociedad INGESER DE COLOMBIA S.A. a partir del 06 de diciembre de 1986 ejecutándose el vínculo de manera ininterrumpida y en diferentes periodos hasta el 15 de enero de 1996; que durante el periodo comprendido entre el 06 de diciembre de 1986 y el 29 de abril de 1993, tenía el reconocimiento y pago de la pensión de sus trabajadores. Que esta sociedad antes de ser absorbida por la demandada, no trasladó al ISS, hoy COLPENSIONES el cálculo actuarial, el provisionamiento actualizado al momento de la afiliación al ISS, ni el bono pensional y/o título pensional de sus aportes pensionales causados durante este periodo descrito, tampoco realizó los aportes pensionales durante el periodo comprendido entre el 01 de diciembre de 1995 y el 15 de enero de 1996, razón por la cual y según lo indicado por Colpensiones, no contabilizó el total de días cotizados. Mediante comunicado del 28 de diciembre de 2017 solicitó a la demandada el pago de los aportes pensionales causados entre los periodos 06 de diciembre de 1986 y el 29 de abril de 1993 y 01 de diciembre de 1995 y el 15 de enero de 1996, cuya respuesta fue negativa. Posteriormente, en septiembre del año 1998 la sociedad INGESER DE COLOMBIA S.A fue absorbida por la sociedad Marlin Colombia Drilling, hoy ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA. Por lo anterior, Colpensiones tiene la obligación de aceptar el pago del bono pensional y/o título pensional, el traslado y/o provisionamiento de los aportes, o el cálculo actuarial que le corresponda pagar a la demandada, pues según lo indicado por Colpensiones no se evidenció radicado por parte del empleador, solicitando que sea este quien realice

la solicitud y allegue los documentos requeridos para proceder con el estudio y/o elaboración del eventual cálculo actuarial por omisión (fls. 42 a 56).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias. Para ello precisó que la obligación de efectuar los aportes al Sistema General de Pensiones durante los periodos propuestos en la demanda corresponde única y exclusivamente al empleador con quien se demuestre la relación laboral junto con las sanciones moratorias, por lo que no puede asumir Colpensiones ninguna responsabilidad por los aportes que no se efectuaron conforme a derecho. Agregó, una vez se establezca la existencia de la relación laboral entre el actor y la sociedad demandada, Colpensiones procederá a la elaboración del respectivo cálculo actuarial para que sea cancelado por la sociedad responsable. Respecto a la pretensión del pago de costas y agencias, Colpensiones no puede ser condenado pues solo es vinculado al proceso por ser la administradora del RPM, a la cual el demandante se encuentra válidamente afiliado y a la que le corresponderá elaborar el cálculo actuarial por los aportes no efectuados por el empleador demandado. Propuso las excepciones de mérito, las de «prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones», «cobro de no lo debido» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (fls.69 a 73).

La sociedad ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA contestó la demanda con oposición a las pretensiones tanto declarativas como condenatorias. Para tal efecto propuso que, no ha existido mora en el pago de aportes pues si bien entre el demandante y la sociedad si existieron varias relaciones laborales, según la información de los archivos, esta se ejecutó de forma diferente a la planteada en la demanda. De otro lado, entre el 06 de diciembre de 1986 y el 29 de abril de 1993, no se constituyó derecho pensional alguno a favor del actor, conforme a la normatividad vigente para la época y para la fecha no era obligación afiliar a sus trabajadores al ISS, por lo tanto tampoco realizar los aportes pensionales al Sistema; además, en virtud de los convenios que tiene esta sociedad con otras compañías operadoras, está facultado para celebrar contratos de trabajo por obra o labor o a término fijo, lo cual se presentó en el presente litigio. Que, entre el periodo comprendido del 06 de diciembre de 1986 al 29 de abril de 1993, esta sociedad no tenía la obligación de afiliar a sus trabajadores al ISS, por lo tanto, tampoco de realizar los aportes pensionales al Sistema, pues esta obligación para el sector petrolero nació el 01 de octubre de 1993. Advirtió que al momento en

que se produjo el paso del sistema patronal al ISS, los únicos empleados que quedaron con algún derecho fueron quienes en el momento del tránsito normativo tenían más de 10 años de servicios, por lo que no le asiste derecho alguno al actor. Que tampoco le asiste la obligación de reconocer la omisión de sus aportes pensionales pues a partir de 1993 afilió y pagó estos conceptos del actor al ISS, pues con anterioridad a esta fecha no era su obligación efectuar los aportes. Propuso las excepciones de fondo de, «cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y pago», «inexistencia de un marco legal, antes del 1º de octubre de 1993, que previera una sanción y/o condena a cargo del empleador por incumplimiento de una supuesta obligación de aprovisionamiento respecto de trabajadores del sector petrolero, antes de la ley 100 de 1993 no existía condena denominada cálculo actuarial y el demandante tiene la responsabilidad de la financiación de los aportes a pensión, conforme a las normas que posteriormente diseñó el legislador (Sentencias T-784 de 2010 y la T-712 de 2011)», «buena fe» y «prescripción» (fls. 85 a 116).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de septiembre de 2020, declaró que ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA es responsable de las obligaciones derivadas de la sociedad INGESER DE COLOMBIA S.A. y por lo tanto es responsable de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo existente entre el demandante e INGESER DE COLOMBIA S.A. y en especial por aportes a pensión. Declaró que entre las dos partes mencionadas existieron varios contratos de trabajo con salarios promedios mensuales. Condenó a COLPENSIONES a realizar en el término de 15 días el cálculo actuarial por aportes pensionales a nombre del señor NEPOMUCENO RODRIGUEZ LOZANO y a cargo de ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA; condenó a esta última a realizar el pago del cálculo actuarial en la forma que lo disponga COLPENSIONES, dentro del término de 15 días siguientes a la fecha de emitido y notificado a la sociedad demandada por los periodos laborados por el demandante y conforme a los salarios devengados; igualmente, condenó a ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA a realizar el pago del aporte a pensión para el periodo de julio de 1995 a favor del demandante y sobre la base del salario promedio de \$390.300 dentro del término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la providencia. Condenó a COLPENSIONES a corregir la historia laboral en los periodos de diciembre de 1995 imputando 30 días y enero de 1996 en 08 días por pago efectivo de la obligación de la cotización por parte del empleador, igualmente al ser cancelado el cálculo actuarial y el pago de los aportes pensionales por parte de la sociedad

demandada, a favor del demandante y por el término laborado por el actor. Finalmente, condenó en costas a ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA a favor del demandante.

Para sustentar la decisión, afirmó en relación al contrato de trabajo, que conforme a lo aportado al proceso y conforme a la normatividad vigente, existió un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad INGESER DE COLOMBIA S.A., hoy ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA. En cuanto a la obligación del pago de los aportes a pensión, señaló que el deber de efectuar los aportes, está en cabeza de los empleadores y no por haberse omitido la afiliación al sistema pensional para el año 1993 resulta válido sustraerse de realizar los aportes tendientes al periodo laborado por uno de sus empleados, lo anterior, teniendo en cuenta la actual postura de la Sala de Casación Laboral, según la cual, aun cuando no se trate de ausencia por omisión de la afiliación se tiene este deber cuando no haya cobertura del ISS, precisando que ello no traduce, como lo menciona la sociedad, en una ausencia de aportes al sistema de seguridad social o de responsabilidad pues este le debe al trabajador la protección integral, entre estas obligaciones se encuentra el pago de prestaciones sociales y teniendo injerencia en el derecho pensional del empleado, lo afecta con la omisión de los aportes al sistema. Por lo que siendo COLPENSIONES la administradora del RPMPD y la actual administradora del accionante, debe la sociedad demandada realizar los pagos a esta entidad mediante cálculo actuarial.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la sociedad ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA apeló la decisión, argumentando para tal efecto que la ley no ha estipulado la obligación de aprovisionamiento respecto de los servicios laborados no cubiertos por el ISS, determinando este instituto las actividades y regiones a las cuales se les impondría la aplicación de aseguramiento y su extensión progresiva para los sectores, como lo fue el petrolero para octubre del año 1993; por lo que la decisión impartida debe ser en armonía con el debido proceso que garantiza el principio de legalidad y no imponer sanciones que fueron implementadas con posterioridad por el legislador, pues las empresas petroleras antes del 01 de octubre de 1993 no tenían la obligación de realizar el cálculo actuarial. Por otro lado, tomándose el ingreso base de cotización en el 100% sin tener en cuenta las tablas de aportes y categorías del ISS para la fecha, aún más cuando no hubo mala fe del empleador pues su actuar fue en cumplimiento de un deber legal. Adicionalmente, indicó que según la Corte Suprema de Justicia, el empleador es el

encargado del 75% del valor del aporte y el 25% está a cargo del empleado en virtud del principio de solidaridad, no obstante a ello, la juez de primera instancia condenó a la demandada al pago del 100%. Agregó que, en el evento de confirmarse la sentencia de primera instancia, lo procedente sería el pago de las sumas indexadas, pero nunca un cálculo actuarial irracional, impagable y que el legislador jamás estableció. Finalmente, en cuanto a la cotización del aporte de 1995 y reportado por Colpensiones, precisó que al parecer existió una multi-afiliación del demandante con un fondo privado, por lo que cuando se hace la relación de aportes para el mismo año, Colpensiones no reporta la mora, por lo que la condena de instancia pudo ser saneada por la multi-afiliación que pudo existir, por ende, solicitó que se tenga en cuenta la mora durante este término.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegaciones solicitando se les absuelva de las pretensiones de la demanda. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala determinar si procede el pago de cálculo actuarial por el periodo no cotizado por el empleador del demandante, interregno en el que no existía para el sitio de trabajo el llamado a inscripción en el sistema de seguros sociales obligatorios.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se advierte que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo entre las partes, toda vez que la empresa al contestar la demanda aceptó la existencia del mismo y además no hubo oposición respecto a los periodos indicados en la sentencia de primer grado, hecho que además constata la Sala con el documento visible a folio 37, por medio del cual la empresa demandada expidió certificación que da cuenta de la existencia de la relación laboral a través de varios contratos de trabajo entre el 06 de diciembre de 1986 y el 08 de enero de 1996, así como los salarios devengados, razón por la cual, se procede a definir el problema jurídico.

Con base en lo anterior, para resolver el problema jurídico debe advertirse que ésta Corporación es del criterio pacífico expuesto por la H. Sala Laboral de la CSJ, en el que se admite la posibilidad de ordenar el pago de los aportes pensionales a pesar de

no existir el llamado de afiliación por parte del régimen de los seguros sociales obligatorios, criterio éste que se empezó a construir la alta corporación de cierre de la especialidad a partir de la sentencia radicada al No. 41745 del 16 de julio de 2014 identificada con el No. SL9856-2014, que para mejor proveer de ella se cita lo pertinente en extenso, para efectos de ilustrar a la recurrente:

«...Estima esta Corte que si en cabeza del empleador se encontraba la asunción de las contingencias propias del trabajo, aquella cesó cuando se subrogó en la entidad de seguridad social, de forma que ese período <en el que aquel tuvo tal responsabilidad, no puede ser obviado o considerarse inane, menos puede imponérsele al trabajador que vea afectado su derecho a la pensión, ya sea porque se desconocieron esos periodos, o porque por virtud del tránsito legislativo ve perturbado su derecho.

Esa responsabilidad no puede entenderse como vacía, u obsoleta, por el contrario se traduce en una serie de obligaciones de quien estaba llamado a otorgar la pensión y quien si bien se subrogó no puede desconocer los periodos laborados por el trabajador.

Así se expuso en la sentencia 27475 de 24 de noviembre de 2006: «En efecto, desde la creación del Instituto de Seguros Sociales lo que se buscaba era la subrogación del ISS con relación a los riesgos laborales. Pero ello no era posible de inmediato ni en todo el territorio nacional, razón por la cual se mantuvo vigente la responsabilidad de los empleadores hasta la asunción de dichas contingencias por el ISS».

En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.

Por demás la imprevisión del legislador de mediados del siglo pasado no puede cargarse a la parte débil de la relación, para ello además se podría oponer la confianza legítima que inspira la adecuación del comportamiento ciudadano a los mandatos del legislador. Empero, se estima que otro sería el escenario en el que cabría discutir una eventual responsabilidad por falta de previsión legislativa, para situaciones como las que da cuenta este proceso.

Vale destacar la intelección anclada en la lectura de los artículos 59 a 61 del Acuerdo 224 de 1966, reguladores de la subrogación paulatina de la pensión de jubilación del artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto, si bien, los patronos de los trabajadores que al momento de la asunción del riesgo de vejez por el ISS no habían cumplido 10 años de servicios, fueron subrogados por dicha entidad en la obligación de pagar la pensión de jubilación, no traduce la liberación de toda carga económica, pues en casos como el presente, en los que no se alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, se debe facilitar al trabajador que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social.

Tampoco conviene desapercibir que si el demandante nació el 20 de marzo de 1947 (folios 43 y 99), el mismo día y mes de 2007 alcanzó la edad exigida para el reconocimiento de la prestación pensional, por manera que su situación se gobierna por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que en el literal c) del párrafo 1º, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, dispone que se tendrá en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993», precepto que entendido en los términos de la sentencia 32922, ya citada y copiada, es decir en «consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados», de suerte que «el alcance de dicha norma debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su

cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», fuerza una solución como la que adoptó el Tribunal...».

La misma Corporación reiteró y ratificó el anterior criterio, constituyéndose en doctrina probable, tal como se evidencia de las sentencias SL2138-2016, SL3892-2016, SL 4072-2017 y recientemente en las SL2584-2020 y SL4361-2020, por lo que ésta Sala de Decisión atiende al criterio de autoridad antes expuesto, toda vez que garantiza y protege los principios que gobiernan la seguridad social, pues con ello se establece una salvaguarda para que, de un lado, proceda el reconocimiento pensional en aquellos eventos en que el interesado adolece de la densidad de cotizaciones necesarias para este, y de otro, para que a favor del interesado el reconocimiento pensional tome en cuenta todos los periodos efectivamente laborados por este, pues en uno u otro escenario, fue un tiempo laborado como trabajador dependiente al servicio de un empleador que usufructuó su fuerza de trabajo.

En este orden de ideas, considera la Sala que sin desconocer los acertados argumentos expuestos en el recurso de apelación, se advierte que en aplicación del aludido criterio jurisprudencial, los aspectos relevantes de su inconformidad ya están resueltos en forma desfavorable, toda vez que se admite que para los periodos laborados no existía la obligación legal de afiliación, sin embargo, en una aplicación sistemática de las normas que regulan seguridad social en pensiones, se colige que tal situación no puede afectar el derecho pensional de los trabajadores, además, debe decirse que en cuanto al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, se aclara por la Sala que este no se inaplica vía excepción de inconstitucionalidad, por el contrario, en un entendimiento armónico y coherente con los principios que orientan la seguridad social en pensiones en el sistema integral de la seguridad social que se edifica a partir de la Ley 100 de 1993, el artículo 33 debe ser entendido en aplicación del principio del principio tuitivo característico de ésta jurisdicción, pues al efecto allí se indicó que éste aplica en casos como el presente en virtud de la consonancia con la vocación del Sistema General de Pensiones de proteger la totalidad de los trabajadores subordinados, por lo que su alcance debe ser comprensivo de aquella variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional.

De otro lado, no es acertado afirmar como lo hace la apelante, que el cálculo actuarial no deba comprender el porcentaje que le corresponde asumir al trabajador en el aporte pensional, toda vez que como lo ha hilado de manera pacífica la jurisprudencia en torno a los casos de no afiliación, en esos periodos de no cobertura se mantiene en cabeza del empleador el riesgo pensional, de modo que no correspondía al trabajador contribuir en un porcentaje para su aporte pensional, en

este sentido, en sentencia SL 14388-2015, se concluyó por el Tribunal de cierre que en «aquellos casos en los que se verificaba una falta de afiliación del trabajador, no por la omisión del empleador, sino por la falta de cobertura del sistema de pensiones en un determinado territorio (...) los lapsos de no afiliación, por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional».

De tal suerte, no son de recibo para la Sala las hipótesis expuestas por la gestora judicial de la enjuiciada en la alzada en cuanto indica que la empresa a la que representa no tenía la obligación de realizar el cálculo actuarial o provisionamientos, argumentando que el llamado a inscripción ocurrió en octubre de 1993, por lo que no se atenderán de manera favorable tales argumentaciones, por las razones expuestas de manera precedente.

Por otro lado, es importante anotar, no es posible disponer el pago de los aportes por los periodos no cotizados a pensión a favor del demandante con la correspondiente indexación, como lo aspira la recurrente, en tanto las consecuencias de la omisión en la afiliación de un trabajador –que es lo que ocurre en el caso de marras- se encuentran consagradas en la ley y el método para el cálculo de la reserva actuarial está regulada en el Decreto 1887 de 1994

De otra parte, debe indicarse que la elaboración del cálculo actuarial corresponde hacerla a la entidad administradora de pensiones a la cual se encuentra afiliado el demandante con sujeción al Decreto 1887 de 1994, en armonía con el Decreto 3798 de 2003, pues si bien es cierto, dichas normas no establecen de manera puntual quien es el obligado a realizar la respectiva liquidación actuarial, no es menos cierto, que es el Fondo de Pensiones al que se encontrare afiliado el trabajador quien en ultima aprueba la liquidación que eventualmente presente el empleador, razón por la cual, el órgano de cierre de la especialidad laboral, en sus decisiones siempre ha ordenado el pago del respectivo calculo actuarial sin especificar de ante mano un monto, sino supeditándolo al valor que sea liquidado por la respectiva entidad administradora de pensiones, así por ejemplo, en sentencia SL1480-2018, se impartió por dicha Corporación en sentencia de instancia, la siguiente orden:

«Al pago de los aportes por concepto de pensiones conforme al cálculo actuarial que determine la entidad administradora de fondos de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante, o se afiliare si no lo está.»

Frente al salario a tenerse en cuenta por parte de la AFP en aras de realizar el cálculo actuarial, corresponde el último salario devengado por el trabajador el que se debe

tener en cuenta para tales efectos, advirtiéndose que en este caso se trató de varios contratos y los salarios promedios que calculó el a quo no son objeto de debate; sin embargo en este punto, le asiste razón al recurrente al indicar que dichos salarios deben ajustarse conforme a las tablas de cotización de aportes establecidas por el ISS para la época a través del Decreto 3090 de 1979, modificado por los decretos 2630 de 1983 y 2610 de 1989, de modo pues que el salario a tener en cuenta por parte de COLPENSIONES S.A. a efectos de realizar el cálculo actuarial debe ser el que corresponde a cada una de las categorías. Por lo tanto, se modificará la decisión en este puntual aspecto.

Finalmente, en lo que concierne al pago del aporte a pensión del período de julio de 1995 a favor del actor, se observa en la historia laboral aportada a los autos (fls. 24 a 35) que evidencia «deuda presunta» por parte del empleador, en este caso la demandada recurrente sin que se haya acreditado su pago en el expediente y mucho menos demostrado una presunta multifiliación, de tal suerte que no existe motivo alguno por el cual no deba pagar el aporte pensional que se causó en virtud de la relación laboral contraída con el demandante.

Conforme a lo expuesto, quedan agotadas las materias objeto de alzada y la consulta que opera en favor de COLPENSIONES. Así las cosas, se modificará la decisión de primer grado de conformidad con los argumentos expuestos.

Así se decidirá, sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

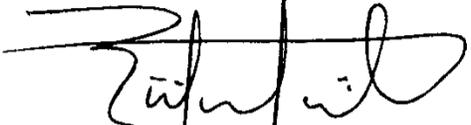
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ORDINAL TERCERO de la sentencia de primer grado, en el sentido que, el cálculo actuarial a realizarse por parte de COLPENSIONES, debe ajustarse a las tablas de cotización de aportes establecidas por el ISS para la época, a través del Decreto 3090 de 1979, modificado por los Decretos 2630 de 1983 y 2610 de 1989, según los salarios allí indicados para cada contrato, de conformidad con los argumentos expuestos en la providencia. En lo demás se confirma la decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

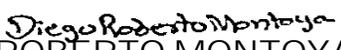
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTROYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL de GILBERT ALBERTO GUALTEROS CAVIELES contra OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y OTRO. Rad. 11001 31 05 001 2017 00657 02.

En la fecha, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto puesto a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 1° Laboral del Circuito de Bogotá el 07 de octubre de 2020.

ANTECEDENTES

El ciudadano GILBERT ALBERTO GUALTEROS CAVIELES, a través de apoderado judicial, solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por término de un año con la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. representada legalmente por KATHERINE CABALLERO MOYA, como consecuencia de lo anterior, se condene al pago las de cesantías correspondientes al tiempo laborado (112 días) la suma de \$964.444, junto con los intereses de las mismas por concepto de \$36.006, las vacaciones por el tiempo laborado por \$482.222, en igual medida, por concepto prima de servicios la suma de \$964.444, adicionalmente manifestó haber laborado 6 días más que no le han sido cancelados por \$620.000; se condene al pago por concepto de derechos ciertos e indiscutibles, junto con la respectiva indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por cada día de mora, desde la fecha en que se debía pagar la liquidación hasta la fecha en que se verifique su pago.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 16 de junio de 2015, se vinculó con la demandada, en el cargo de JEFE DE SELECCIÓN, el salario pactado

inicialmente fue de \$2.600.000 y un adicional garantizado por \$500.000, siendo un sueldo mensual de \$3.100.000 pagado en las propias oficinas de la compañía. Señaló que solo se le canceló \$1.300.000 y una prima por \$183.333. En el mes de julio de 2015 solo se le canceló por concepto de salario la suma de \$2.600.000, razón por la cual manifestó su inconformidad verbalmente, así en el mes de agosto de 2015 la empresa le consigno \$750.000 que adeudaba con los respectivos descuentos a salud y pensión; para el mes de noviembre de 2015, la empresa le canceló el valor del sueldo básico, sin el garantizado. Por los constantes incumplimientos por parte de la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. tomó la decisión de no seguir laborando. El día 6 de octubre de 2015 presentó carta de renuncia a la señora MAIRA AGAMEZ directora de selección, la cual fue aceptada; indicó que no posee copia del contrato de trabajo firmado con la empresa, está a solicitud del demandante expidió certificado, donde consta que laboró, pero solo menciona un sueldo básico de \$2.600.00, y señaló que fue un contrato por obra o labor, lo cual es incorrecto puesto que una vez presentó su renuncia fue remplazado por otra persona en el mismo cargo. Indicó que para el 14 de junio de 2017, no ha ido cancelada la liquidación, razón por la cual mediante derecho de petición con fecha de 02 de marzo de 2016, solicitó la liquidación laboral del periodo trabajado desde el 16 de junio de 2015 hasta el 07 de octubre de 2015, y requirió copia del contrato, sin que se obtuviera respuesta.

Finalizó indicando que citó ante el Ministerio de Trabajo a KATHERINE CABALLERO, representante legal de la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A a fin de realizar audiencia de conciliación el 27 de abril de 2016, a la cual la representante de la demandada no asistió. (fls.01 a 05 y 33 a 39).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La pasiva OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, contestó la demanda con oposición a las pretensiones, por cuanto indicó que el contrato de trabajo no fue por un año, y que de acuerdo con las pruebas aportadas por el demandante, se tiene que el término del contrato suscrito fue del 16 de junio de 2015 y el 07 de octubre de 2015. Se opuso, al considerar que el proceso de liquidación, es un proceso judicial reglado con etapas procesales establecidas en la ley, en el artículo 47 y siguientes de la ley 1116 de 2006, según el cual, todos los acreedores, tenían la carga procesal de presentar sus acreencias dentro de los 20 días siguientes a la desfijación del aviso proferido por la Superintendencia de Sociedades, para lo cual se informó sobre la apertura del proceso de liquidación judicial de la demandada, término que venció el 10 de enero de 2017. Adicional a ello, manifestó su oposición al reconocimiento de los 06 días adicionales de trabajo, toda vez que

corresponde al demandante la carga de la prueba, a fin de demostrar los días laborados, así mismo tenía la carga de presentar la obligación que le adeudara la sociedad demandada ante la Superintendencia de Sociedades y/o ante la liquidadora auxiliar de la justicia antes del término establecido, esto es el 10 de enero de 2017. Se opuso a la pretensión octava al considerar que si bien la demanda tiene número de radicado del año 2017, la misma fue inadmitida y posteriormente rechazada, siendo admitida el 08 de octubre de 2019, es decir 4 años y un día después de la finalización del contrato de trabajo del demandante el cual se produjo el 07 de octubre de 2015, se opuso en igual medida a alguna acreencia laboral, ya que debía presentar su crédito laboral ante el juez del concurso de la superintendencia de sociedades. A su turno, propuso las excepciones de mérito de «existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente», «inexistencia de la obligación», «prescripción» y «excepción genérica» (fls. 64 a 70).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá en decisión proferida el 07 de octubre de 2020, declaró la existencia de una relación laboral celebrada mediante contrato de obra o labor entre el demandante y empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. hoy en LIQUIDACIÓN JUDICIAL con vigencia entre el 16 de junio de 2015 al 07 de octubre de 2015, ordenó a la demandada pagar al demandante: la suma de \$723.333 por concepto de salarios adeudados, \$955.833 por concepto de auxilio de cesantías, \$114.700 por concepto de intereses a las cesantías, \$955.833 por concepto de primas de servicios, \$477.916 por concepto de vacaciones, y la suma de \$103.333 diarios a partir del 07 de octubre de 2015 y hasta el 16 de febrero de 2016; condenó en costas a la demandada.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que no había discusión en torno a la relación laboral y su modalidad; ni sobre las acreencias laborales solicitadas, precisó no había prueba que permita concluir que al actor le fue cancelado lo pretendido, procediendo a determinar el valor de las prestaciones anteriormente enunciadas. Frente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dijo que la indemnización no opera de manera automática, siendo necesario analizar la conducta patronal y si esta emerge de buena fe, ha de exonerarse al empleador, bajo el entendimiento que no estaba obligado a hacerlo siempre y cuando le asistan razones objetivas y jurídicas para asumir la posición de abstención, esa buena fe es la creencia razonable de no deber, se tiene que la demandada señaló que el pago de acreencias laborales no se efectuó en razón a que la empresa quedó sujeta a las reglas de la Ley 1116 del 2006, sin

embargo para el presente caso, no se vislumbra el pago de acreencias laborales adeudadas, y dado que la presente demanda fue radicada dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del vínculo laboral era procedente entonces, estudiar el reconocimiento de la misma, y al respecto refirió que la demandada fue admitida en proceso de reorganización mediante auto del 15 de febrero de 2016, momento a partir del cual procedía la suspensión del pago a sus acreedores, por tanto con antelación a esta fecha, el incumplimiento en el pago de sus obligaciones adolece de justificación, y en consecuencia resultaba dable ordenar el pago bajo estudio por el lapso de tiempo transcurrido desde la terminación del contrato de trabajo 07 octubre de 2015 hasta el 14 de febrero de 2016, fecha en la cual fue admitida en proceso de reorganización.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación frente a la fecha hasta la cual se ordenó el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al considerar que según la sentencia 660013105001 de 2015 00636 01 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, esta aclara la indemnización moratoria, la cual plantea el problema desde cuándo se causa la indemnización moratoria del artículo 65. Frente a los procesos de reorganización empresarial, señala que la Ley 1116 de 2006 establece que el proceso de reorganización empresarial pretende a través de un acuerdo preservar la viabilidad de la empresa, y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias mediante su reestructuración operacional, adicionalmente aclaró que la Ley 550 de 1990, no tiene potencial suficiente para exonerarlo de la imposición de la sanción moratoria, siendo necesario que se encuentren debidamente acreditadas las razones del incumplimiento, para de esta manera predicar su buena fe. Sustentó su inconformidad en que si bien se probó que la demandada tiene admitido un proceso de reorganización, lo que infiere una excepción de pago proveniente de la crisis económica no es suficiente para enervar la indemnización moratoria, en la medida que no lo son las crisis económicas ni la reorganización empresarial, evento que no puede asimilarse a la liquidación judicial de las personas jurídicas, que ha considerado la Sala de Casación Laboral como extremo final de la fundamentación, pues en estos casos no hay voluntad de desconocer o defraudar los intereses o créditos de los trabajadores, haciendo referencia a la sentencia CSJ SL 2833 y 53793 de 2017 que hace alusión a la liquidación de la empresa y no la reorganización, en donde no puede decirse que el empleador tuviera intereses en desconocer o defraudar los intereses o créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad. Por lo anterior, expuso que el hecho de que la demandada

entrara en reorganización el 15 de febrero de 2016 no podía inferirse que no podría cumplir con sus obligaciones, por lo que considera que la sanción no debería ir hasta el 15 de febrero, sino hasta el momento en que entró en liquidación judicial, esto es el 29 de noviembre de 2016.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Precisado el anterior escenario factico y probatorio, pero en particular el jurídico-procesal, en virtud de la materia objeto del recurso de apelación, corresponde a esta Corporación, establecer si la indemnización moratoria objeto de condena debe extenderse hasta el máximo extremo temporal y no hasta el 16 de febrero de 2016, así como la aplicación de la moratoria en los casos de insolvencia del empleador.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute la existencia del contrato de trabajo entre la entidad accionada y el demandante GILBERT ALBERTO GUALTEROS CAVIELES, la modalidad, los extremos y la remuneración devengada, así como que el actor tiene derecho a los emolumentos otorgados por el A quo y que no fueron objeto de recurso de alzada.

Ahora bien, a fin de resolver sobre la condena por concepto de indemnización moratoria, la Corporación solo se centrará en determinar hasta cuándo se debe efectuar esta, ello en atención a que la parte afectada no presentó objeción alguna sobre su procedencia o sobre el salario establecido por el A quo para su liquidación.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para esta Corporación que a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como así lo prevén el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006 y el artículo 34 de la Ley 1429 de 2010, los cuales consagran lo siguiente:

«Artículo 17. Efectos de la presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización con respecto al deudor. A partir de la fecha de presentación de la solicitud, se prohíbe a los administradores la adopción de reformas estatutarias; la constitución y ejecución de garantías o cauciones que recaigan sobre bienes propios del deudor, incluyendo fiducias mercantiles o encargos fiduciarios que tengan dicha finalidad; efectuar compensaciones, pagos, arreglos, desistimientos, allanamientos, terminaciones unilaterales o de mutuo acuerdo de procesos en curso; conciliaciones o transacciones de ninguna clase de obligaciones a su cargo; ni efectuarse enajenaciones de bienes u operaciones que no correspondan al giro ordinario de los negocios del deudor o que se lleven a cabo sin sujeción a las limitaciones estatutarias aplicables, incluyendo las fiducias mercantiles y los encargos fiduciarios que tengan esa finalidad o encomienden o faculten al fiduciario en tal sentido; salvo que exista autorización previa, expresa y precisa del juez del concurso».

Artículo 34. Agréguese dos párrafos al artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, los cuales quedarán así:

Parágrafo 3o. Desde la presentación de la solicitud de reorganización hasta la aceptación de la misma, el deudor únicamente podrá efectuar pagos de obligaciones propias del giro ordinario de sus negocios, tales como laborales, fiscales y proveedores.

Parágrafo 4o. En especial el juez del concurso podrá autorizar el pago anticipado de las pequeñas acreencias, es decir aquellas que, en conjunto, no superen el cinco por ciento del pasivo externo del deudor».

Ahora bien, a la luz de las normas citadas, considera la Sala de Decisión que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST deberá ser limitada hasta el 16 de noviembre de 2016, dado que la entidad entró en liquidación judicial al día siguiente (fl.21), tal y como lo ha dispuesto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2833 del 1 de marzo de 2017 Radicación No 53793, en la cual consideró que «en lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala fe, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto», por ello se modificará la sentencia de primera instancia.

En ese orden de ideas, se modificará la decisión de primer grado en el sentido de condenar a la demandada Optimizar Servicios Temporales S.A. en liquidación judicial a reconocer y pagar de manera definitiva al demandante la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, desde el 07 de octubre de 2015 y hasta el 16 de noviembre de 2016.

Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

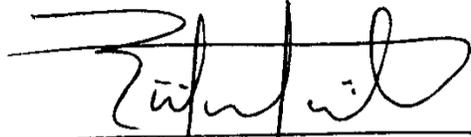
PRIMERO: MODIFICAR el ORDINAL SEGUNDO de la sentencia objeto de apelación, en el sentido de precisar que la condena por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, corre entre el 07 de octubre de 2015 hasta el 16 de noviembre de 2016, por las razones expuestas en la motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

TERCERO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

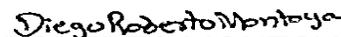
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado JAIRO HERNANDO NIETO FANDIÑO contra COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-019-2019-00115-01

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la parte accionada, COLPENSIONES y PORVENIR, contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de septiembre de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor JAIRO HERNANDO NIETO FANDIÑO, pretende se declare la nulidad del traslado efectuado el 22 de febrero de 1999 a la Administradora de Fondo Pensiones –AFP PORVENIR, se le declare en libertad para afiliarse al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD; en consecuencia, se condene a COLPENSIONES recibirlo como afiliado cotizante y a liberarlo de sus bases de datos y devolver todos los aportes que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, es decir con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES. Por último, se condene en costas y gastos de proceso a las demandadas, así como a lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 22 de diciembre de 1952, afiliándose al ISS el 25 de agosto de 1977 hasta el 22 de febrero de

1999, fecha para la cual se trasladó del RPMPD a la AFP privada PORVENIR; indicando, este traslado fue con motivo de una asesoría por parte de un promotor de la administradora privada que le ofreció el beneficio de pensionarse a una edad temprana, le informó que sus aportes estarían en riesgo por la liquidación del ISS, además que su monto pensional sería más alto en el régimen privado. No obstante, no le manifestó acerca del capital requerido para obtener una renta vitalicia y en retiro programado ni el monto para que pudieran heredar sus beneficiarios bajo el retiro programado; no le informó sobre su tiempo límite de poder retornar al RPMPD pero si, que al cumplir la edad y en caso de no querer pensionarse, podía solicitar le devolvieran el capital acumulado a la fecha sin restricción alguna. Agregó, este promotor no le elaboró una proyección sobre el monto de la pensión que recibiría en uno y otro régimen. Manifestó, que el formulario de la afiliación carece de una información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión para su situación por lo que no se presenta un consentimiento informado; aunado a ello, no le envió comunicación que estaba a unos días de vencerse el plazo del rango para tomar la mejor decisión de pensionarse con el régimen que considerase más conveniente. Señaló que era beneficiario del régimen de transición pues al 01 de abril de 1994 tenía más de 41 años. Posterior a ello, el 16 de enero de 2019 la AFP PORVENIR le informó que tendría una mesada pensional de \$828.116 a los 66 años, con 1.472 semanas cotizadas y una tasa de remplazo del 20%, mientras que la pensión en el RPMPD sería del 65% en renta vitalicia y un 90% del IBC, generando una gran diferencia. Por lo anterior, radicó a las administradoras de pensión COLPENSIONES y PORVENIR solicitud de nulidad de la afiliación de traslado, las cuales fueron rechazadas por ambas entidades (Fls. 5 a 29, 59 a 80).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que, el demandante no reúne los requisitos para regresar al régimen de prima media con prestación definida, pues no está amparado por el beneficiario del régimen de transición, debió hacerlo cuando le faltaban más de 10 años para alcanzar la edad pensionarse. De otro lado, sostuvo que la afiliación del accionante no presenta alguna causal de nulidad, verbigracia, vicios del consentimiento y de haberse presentado, no todo error se constituye en ineficacia, ni tampoco lo manifestó dentro del tiempo otorgado, por el contrario, fue saneada con la ratificación del actor mediante la ejecución de lo pactado en el contrato. Presentó como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de

causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada» e «innominada o genérica» (Fls. 104 a 118).

La AFP PORVENIR, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando para tal efecto que, la afiliación del accionante fue libre espontánea, sin presiones y esto lo ratificó al no retornar al RPMPD en la oportunidad permitida. Explicó que esta administradora siempre ha actuado bajo la presunción de buena fe, la cual en caso contrario, debe ser probada por la parte que la aduce e igualmente actuó conforme a la normatividad vigente para la época. De otro lado precisó, no es procedente la declaratoria de nulidad pues el actor no acreditó ninguna de las eventualidades para tal efecto, tales como objeto o causa ilícita o que era un incapaz absoluto a la hora de firmar el formulario. En cuanto al consentimiento informado, señaló que, sí estuvo presente en la vinculación al régimen, pues el actor lo realizó en forma libre, espontánea y sin presiones, cumpliendo además el formulario con los requisitos legales exigidos. Finalmente, la solicitud del accionante no es procedente pues no es permisible aducir el desconocimiento de la ley como excusa, por lo que debe someterse a las consecuencias del negocio jurídico. Presentó como excepciones de fondo las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación» y «genérica» (Fl. 151 a 169).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante a la AFP PORVENIR el 22 de febrero de 1999 y lo declaró como válidamente vinculado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiere trasladado; como consecuencia de ello, condenó a la AFP PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración, con destino a COLPENSIONES. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que cuando se trata de los traslados de regímenes pensionales son las administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le convenga; explicando así, que esta información no debe ser exclusiva para los beneficiarios del régimen de transición sino que debe ser

sin distinciones y las implicaciones que tiene el afiliado en cada uno de los regímenes. Que lo anterior, debe ser probado por las administradoras ya que se encuentran en una situación más ventajosa que los usuarios. Indicó que si bien para la época de la afiliación el accionante era plenamente capaz, la AFP no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó al afiliado sobre las implicaciones, crecimientos, condiciones y proyección del futuro de su pensión de vejez entre ambos regímenes, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, además no le advirtió sobre su oportunidad de retracto ni de sus desventajas, por el contrario le brindó una falsa información asegurando la desaparición del ISS y asegurándole su conveniencia de pertenecer al RAIS, dándole una falsa expectativa. Agregó que, si bien para la fecha de la afiliación las administradoras no tenían a su cargo el deber del buen consejo, si debían entregar una información suficiente y transparente que le permitiera a los usuarios tomar una decisión libre y voluntaria. No obstante, en el presente caso no fue probado por la AFP PORVENIR, por lo cual era dable declarar la ineficacia del traslado de régimen del señor JAIRO HERNANDO NIETO FANDIÑO.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la AFP PORVENIR, apeló la decisión, precisando que, a su juicio, la ineficacia por la falta de información no es procedente pues la norma ha previsto que deben existir actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, esto es, con dolo y para el presente caso no se acreditó por parte de esa AFP. Indicó que dentro del interrogatorio de parte se pudo concluir que al accionante le informaron sobre las características del RAIS, de modo que estuvo precedido de una información; sumado a ello, confesó haber firmado el formulario afiliación de manera libre y voluntaria, de modo que no esta prueba no se puede desconocer, pues soporta la información entregada por parte de PORVENIR, por ello no está de acuerdo con la a quo al indicar que el expediente está huérfano de pruebas, pues para determinar la información entregada de tenerse en cuenta el formulario de afiliación, documento, que es público, que se presume auténtico y cumple con las disposiciones previstas en la Ley 100 de 1993. Adicionalmente, el actor no era beneficiario del régimen de transición y tampoco era posible para Porvenir prever como iban a ser sus últimos años de vida y mucho menos cuáles iban a ser sus ingresos; luego, a su juicio es un hecho objetivamente demostrable que durante el tiempo que el actor ha permanecido en esta administradora, ha aceptado descuentos que Jurisprudencialmente ratifica su voluntad de continuar en el RAIS, arguyendo igualmente que el caso que nos ocupa no es similar a los casos resueltos por la HCSJ y no se puede admitir automáticamente la nulidad del traslado, pues debe haberse demostrado un perjuicio real y cierto, lo que se evidencia en personas que pertenecían al régimen de transición y resultaron

afectados y tampoco puede decretarse de manera indiscriminada la ineficacia del traslado porque se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico, en tanto que la elección del sistema pensional está en cabeza del afiliado y es deber de ellos informarse acerca de los distintos regímenes, ello conforme a salvamentos de voto de magistrados de la CJS SL. Agregando así, que por el hecho de que el afiliado no está conforme con su plan de pensión, no es posible tampoco, admitir la ineficacia.

El apoderado de la COLPENSIONES, apeló la decisión arguyendo que, al momento de la suscripción del formulario de afiliación, la única obligación era la simple aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, lo que se demostró con la firma del mismo por parte del accionante, por lo que debe verse la normatividad vigente para la fecha pues no es razonable imponer a las administradoras un deber de información que surgió con posterioridad. De otro lado, sostuvo que en el presente caso COLPENSIONES es un tercero y las consecuencias del negocio deben afectar a las partes, por lo que no puede acarrearle un perjuicio a esta entidad. Adicionalmente, el accionante ha permaneció por más de 24 años en el RAIS y su eventual traslado le generaría un perjuicio debido al principio de sostenibilidad financiera pues tendría que destinar parte de sus recursos del fondo común, que son destinados para personas que efectivamente cumplan con los requisitos de la modalidad pensional ya que las devoluciones que se hagan no son suficientes para soportar las cotizaciones del demandante. Por lo demás, solicita que en caso de que se mantenga la sentencia de primera instancia y se adicione en el sentido que Colpensiones no hará efectiva la aceptación del traslado en tanto PORVENIR no haga los traslados de los montos depositados en la cuenta del demandante.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. presentaron alegaciones en similares términos a los expresados en la alzada, solicitando que se revoque la decisión y se les absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo

anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

Muy a pesar que la parte demandante no aportó siquiera el documento de identificación donde se acredite la fecha nacimiento, siendo un hecho de la demanda debe probarse por quien lo alega, se advierte de los distintos documentos aportados al plenario que el señor JAIRO NIETO nació el 24 de diciembre de 1952 (CD fl. 124), por lo que la edad de 62 años, la cumplió el 24 de septiembre de 2014, procediendo a solicitar su traslado mediante la petición elevada ante COLPENSIONES el 11 de enero de 2019 (Fls. 32 a 34), es decir, cuando ya había alcanzado la edad exigida para adquirir

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos tenía cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, 339,44 semanas, equivalentes a 6 años, 6 mes y 2 días (CD fl. 124), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 22 de febrero de 1.09000 (FIs. 56 y 170), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber

de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado la AFP PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a el demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a el demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 56), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada AFP PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse

(que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (22 de febrero de 1.999, fl. 56), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto de apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta del actor, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben ser retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren generado, así como los seguros previsionales, los cuales asumen las cargas del accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al

régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que el demandante sea o no beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTROYA MILLAN
Magistrado

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



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado ESPERANZA MANCILLA MONTTOYA contra COLPENSIONES, AFP PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. Rad 110013105-021-2019-00126-01

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de agosto de 2020. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora ESPERANZA MANCILLA MONTTOYA, pretende se declare la nulidad o ineficacia según se demuestre, del traslado efectuado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS, por lo que resultan nulas o ineficaces las afiliaciones a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -AFP PORVENIR S.A y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías -AFP Protección S.A. Como consecuencia de lo anterior, se declare que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación, ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. y a la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero

estuvieron en poder de las administradoras. Se Ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPMPD, a recibir los aportes y rendimientos devueltos por la AFP PORVENIR S.A. y por la AFP PROTECCIÓN S.A. y a actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a disposición del demandante. Se condene a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados, los cuales estimó en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes; más las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó haber nacido el 10 de mayo de 1964, afiliándose al ISS desde el 02 de mayo de 1989 hasta el año 1994. Que, en diciembre de 1994, por no recibir información técnica y adecuada, se trasladó del RPMPD al RAIS con la AFP PROTECCIÓN. Luego, por las mismas razones en mayo del 2001, suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR, administradora en la que se encuentra actualmente afiliada; que estas afiliaciones las realizó por considerar que el RAIS era mucho más beneficioso que el RPMPD; no obstante, en su caso no es así entre otras razones por su edad y por el monto de la mesada pensional. Por lo anterior, su consentimiento fue viciado, además la desmejora en el monto pensional no son compatibles con lo preceptuado por el Estado Social de Derecho. Igualmente, los asesores de las entidades demandadas, no contaban con capacitación adecuada, título ni formación profesional que les permitiera suministrar información completa, veraz y suficiente y de esta manera ella tomara la decisión de trasladarse ya que los asesores no le advirtieron sobre los riesgos que existían por trasladarse, tampoco que la pensión podría ser inferior a la del RPMPD, ni de ningún otro riesgo que acarrearía con el traslado de régimen y nunca le informaron sobre su derecho de retractarse. Por lo anterior, presentó solicitudes a PROTECCIÓN y PORVENIR para que aceptaran la nulidad de las afiliaciones; sin embargo, ambas peticiones fueron rechazadas; del mismo modo se agotó la vía administrativa solicitando a COLPENSIONES que en virtud de la anulación se le entendiera como vinculada al RPMPD, entidad que dio respuesta negativa a la solicitud. Agregó finalmente, que la falsa expectativa creada por los asesores del fondo privado y la incertidumbre sobre el ingreso para subsistir luego de su vida laboral, le ha causado gran impacto emocional, manteniéndola en un estado de angustia permanente por no tener un ingreso asegurado acorde con la calidad de vida que su salario le ha permitido disfrutar a ella y a su familia (Fls. 1 a 30).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden escoger libremente el régimen de pensiones que prefieran, además, en los traslados, las AFP deben además de trasladar los aportes cotizados, el bono pensional, para luego sí realizar la respectiva aprobación de régimen y de los aportes. Ahora bien, señaló que en el presente caso no es posible el traslado de la señora ESPERANZA MANCILLA MONTOYA al RPM pues le faltan 10 años o menos para cumplir la edad de pensión y así disfrutar de este derecho. Adicionalmente, la accionante no es beneficiaria del régimen de transición pues no cuenta con 15 años de servicio o cotización al sistema. Por último, es la AFP para la cual se encuentra vinculada quien tiene el cargo de efectuar el estudio y aprobación de su traslado de régimen y no Colpensiones. Presentó como excepciones de fondo, las de «Falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de la obligación», «imposibilidad del traslado», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional», «error de derecho no vicia el consentimiento», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «buena fe de colpensiones», «prescripción», «prescripción de la acción», «enriquecimiento sin justa causa» e «innominada o genérica» (Fls. 117 a 136).

La AFP PROTECCIÓN contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones principales y subsidiarias, arguyendo para tal efecto que todas las actuaciones de esta entidad han estado precedidas por la buena fe y legalidad, por lo que todas las personas afiliadas a esta administradora de fondos lo han hecho de forma libre y voluntaria. Prueba de esto, es el formulario de afiliación que cumple con los requisitos legales exigidos, donde la demandante manifestó su voluntad de continuar afiliada al RAIS, indicando así mismo que esta afiliación fue libre de vicios del consentimiento. Ahora bien, es menester resaltar que Protección brindó una asesoría completa y comprensible a la señora ESPERANZA MANCILLA MONTOYA, conforme a la normatividad y exigencias de la época y por ello no puede aplicarse la figura de irretroactividad de las normas; los asesores están capacitados para que puedan transmitir una información clara, completa, integral y profesional respecto al RAI y sus efectos, por ende, no se puede hablarse de un error de hecho por vicio en el consentimiento de la accionante y si la misma pretende que se establezca un error de derecho, este no vicia el consentimiento y el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Sostiene, que tampoco puede pretender la actora ni la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad no ha ejercido fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a este régimen ni tampoco regresar al RPM, pues teniendo

en su momento la oportunidad de retornar al mismo, no lo hizo. Adicionalmente, la nulidad que solicita la actora no es procedente pues siendo esta relativa, ya está supeditada a la prescripción de la acción. Por último, la accionante no allegó prueba de responsabilidad de esta entidad ni existe la certeza respecto del nexo causal y el perjuicio que supuestamente sufrió; contrario a esto, se benefició de los altos rendimientos que generó en su cuenta de ahorro individual. Presentó como excepciones de fondo, las de «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», «innominada o genérica», «inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal» y «traslado de aportes» (Fls. 186 a 203).

La AFP PORVENIR contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, arguyendo para tal efecto que esta administradora de pensiones siempre ha actuado bajo la buena fe objetiva. De otro lado, la actora se trasladó de régimen en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la normatividad existente para la época, además recibió la información suficiente y veraz tendiente a las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS. Igualmente, la demandante contaba con plena capacidad legal para decidir el traslado de régimen de pensiones y no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento pues de consagrarse, esta omisión debe producir un daño claro, cierto y determinable en el afiliado que para el caso en concreto no existe alguna prueba de ello; la demandante tiene también un deber y es el de informarse acerca de las consecuencias del cambio en el régimen de pensiones, de esta manera no puede recaer solo sobre la administradora el deber de informar pues la actora debía obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, verbigracia el deber de informarse sobre las oportunidades que tenía de trasladarse nuevamente de régimen y no lo hizo. Presentó como excepciones de fondo, las de «Prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 220 a 243).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 21 de agosto de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 07 de diciembre de 1994; como consecuencia de ello, declaró como afiliación válida la del RPMPD; condenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado de contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, concediéndole para ello el término de un (1) mes; igualmente, condenó a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por concepto de gastos de administración y de traslado, concediendo igualmente el término de 1 mes y condenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. De otro lado, declaró como no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; absolvió a PORVENIR y PROTECCIÓN de las demás pretensiones. Por último, condenó en costas y agencias en derecho a PROTECCIÓN.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis que, conforme a la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para verificar que el traslado estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que las administradoras de fondo de pensiones hayan suministrado información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional. Igualmente, que el acto jurídico debe estar precedido de las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, junto con el consentimiento debidamente informado que atiende a la comprensión de las condiciones, condiciones, ventajas y desventajas que acarrea el traslado de régimen, adicionalmente, esta información debe ser objetivamente verificable para poder decir que el usuario fue debidamente informado y lograr la mayor transparencia posible. De otro lado, señaló que las actuaciones de estas entidades deben estar bajo los principios de buena fe y servicio al interés social. De modo que, junto con el deber de información de las AFPs, está el profesionalismo ya que por el tipo de contrato que estas entidades celebran con los afiliados de fondos de pensiones desarrollan una función esencial en el orden económico y social y conlleva por tanto a una especial protección fundada en la confianza pública que exige por tanto a estas administradoras una mayor diligencia y profesionalismo en el desarrollo de los actos. Sin desconocer que existe un deber de los consumidores financieros de autoprotección, no obstante, la exigencia de estos deberes no desplaza los deberes de profesional que si deben tener las administradoras de fondo de pensiones. Es por esto, que la carga de la prueba está en cabeza de las administradoras informar y sin

que pueda trasladarse esta carga en cabecilla de los demandantes, además porque el que niega una afirmación es a quien se le traslada la carga y que para el presente caso la AFP PROTECCIÓN no la cumplió para el momento del traslado, ya que si bien aportó el formulario de vinculación, no es este suficiente para demostrar que la información que se le dio a la accionante fue bajo los requisitos establecidos, pues al ser estos documentos pre-impresos no son suficientes para acreditar que fue precedido de un consentimiento debidamente informado. Anotó que si bien la actora era plenamente capaz para la suscripción del formulario, en los temas concernientes a traslado de régimen pensional, el estudio no debe hacerse bajo la luz de las nulidades sustanciales sino la ineficacia por falta del deber de información. Respecto del nuevo traslado de la demandante a PORVENIR, no demuestra una ratificación o convalidación al RAIS ya que la decisión trascendente es la del traslado de régimen pensional, tampoco se demostró o dedujo que la accionante tenía conocimiento de las características del traslado de régimen de ahorro individual. De esta manera, consideró que la demandada PROTECCIÓN sí tenía a su cargo el deber de información y no puede desligarse de este deber aduciendo que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición o que no tenía derechos adquiridos, pues es su deber informar a todos los afiliados sin distinción alguna. Frente a la pretensión de reconocer perjuicios morales, consideró que no eran procedentes, pues no se incorporó al proceso prueba cierta de estos daños, de los cuales pueda derivarse una condena indemnizatoria. Por otro lado, señaló que la excepción de prescripción aludida no está llamada a prosperar toda vez que esta figura es aplicable a los casos de nulidad del Código Civil, mientras que, la naturaleza de los temas tratados en este proceso, no son susceptibles de extinción por el transcurso del tiempo.

RECURSO DE APELACION

La apoderada judicial de la ACCIONANTE apeló la decisión en torno a la no condena en costas a PORVENIR y COLPENSIONES pues estas entidades son igualmente vencidas en el litigio, las pretensiones fueron concedidas, se opusieron a la demanda a través de sus excepciones y además se condenó a PROTECCIÓN, por lo que deben ser igualmente condenadas.

La apoderada judicial de PROTECCIÓN, apeló la decisión solo en lo relativo a la condena de PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la comisión de administración por el tiempo que estuvo la demandante afiliada a esta administradora, pues estas comisiones son un descuento autorizado por la ley que faculta a las AFPs a realizar la deducción sobre los aportes que se hacen al Sistema General de Pensiones, descuento que se usa para cubrir los gastos de administración

y la prima de seguro previsional, la cual aplica en ambos regímenes; esto por cuanto Protección en su buena fe trasladó a PORVENIR todos los dineros de la demandante, los rendimientos producto de la buena administración de esta entidad durante el tiempo que la accionante estuvo afiliada en la misma. Por consiguiente, con esta condena se está configurando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante. Que, en caso de confirmarse la sentencia, se estaría en presencia de una condena en perjuicios contra el patrimonio de Protección, la cual tendría que verse a la luz de la responsabilidad civil, que para el presente caso no quedó demostrada la causación de los mismos, toda vez que la carga de la prueba opera solamente frente a la pretensión de ineficacia o nulidad de afiliación y no frente a unos perjuicios.

Igualmente, la apoderada judicial de la AFP PORVENIR, presentó recurso de apelación y como sustento se refirió a que el formulario de afiliación es prueba de la manifestación libre y voluntaria, además del consentimiento informado de la accionante para trasladarse al RAIS, tal como se evidenció en el interrogatorio de parte presentado por la actora, pues tal decisión fue ratificada con el traslado entre regímenes privados. Ahora bien, lo que motiva un eventual traslado de régimen no es la falta de información pues estas circunstancias para la época no le eran exigibles a las administradoras sino que es una motivación netamente económica en relación con la diferencia que puede existir entre una mesada y otra y entre un régimen y otro. De otro lado, el Despacho impuso solo a esta entidad el deber de información, pasando por alto que la demandante también tenía unas obligaciones y deberes al momento de traslado y durante la afiliación; resaltando también que, ante la inexistencia de ineficacia legal para estos temas, no es procedente decretarla. Finalmente, en cuanto a las condenas impuestas a esta administradora, precisó que si bien con este recurso pretende se revoque la sentencia, en caso de confirmarse solicitó de manera subsidiaria, se estudie lo tendiente a los gastos de administración pues es contradictorio que se condene al traslado de estos rendimientos a COLPENSIONES, debido a que estos se causan con ocasión de la gestión de administración efectuada por PORVENIR, desconociendo la misma, pues incluso si la accionante hubiese permanecido en el RPM parte de sus aportes se hubieran ido a estos gastos conforme lo consagra la Ley. Resaltó que en este caso si aplica la prescripción en cuanto a los gastos de administración, por considerar que estos gastos no se encuentran estrechamente relacionados con el derecho pensional.

Por último, la apoderada judicial de COLPENSIONES, presentó recurso de apelación considerando que no existen elementos de juicio que permitan establecer error o inducción al error como vicio del consentimiento en la deficiencia de la asesoría para el régimen de traslado, pues la accionante firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones. Se evidenció que la actora tenía pleno conocimiento de ambos regímenes y de esta manera se afilió a dos administradora privadas ratificando su intención y pleno conocimiento del régimen, por lo que no puede pretender una nulidad o ineficacia por un inconformismo del monto de su mesada pensional. Respecto a la carga de la prueba, no se acreditó en el caso quien es el deudor y quien el beneficiario pues es el afiliado quien le debe el fondo la realización de sus aportes y que solo hasta que se pensione se invierten las partes, por lo cual no es al fondo de pensiones a quien le compete la carga de la prueba por lo que existió una errónea interpretación legal del Código Civil. Igualmente, es imposible probar algo tendiente al año 1994 y nadie está obligado a lo imposible. En cuanto al deber de información, se materializó con posterioridad a la fecha del traslado por lo que las administradoras privadas solo cuentan como prueba, el formulario de afiliación. Aunado a ello, la accionante tampoco contaba con una expectativa real sobre su derecho de pensión y no es dable que pretenda beneficiarse con rendimientos y aportes que jamás realizó a Colpensiones y teniendo en cuenta el sistema de descapitalización del fondo común, por ello, resulta improcedente recibirla de nuevo en el RPM, además faltándole menos de 10 años para pensionarse, beneficiándose con aportes que han realizado otros beneficiarios. Por lo demás, solicita que en caso de que se mantenga la sentencia de primera instancia y se adicione en el sentido que Colpensiones no hará efectiva la aceptación del traslado en tanto la AFP no haga los traslados de los montos depositados en la cuenta del demandante y que se mantenga la absolución de costas, pues no participó en el acto de afiliación que se declara ineficaz o nulo y es un tercero perjudicado entre dos partes ajenas a COLPENSIONES.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos en similares términos a los indicados en la demanda y en la apelación. Las accionadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. lo hicieron de igual modo, reiterando los argumentos de la alzada, solicitando principalmente, que se revoque la decisión de primer grado.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266 y STL3187 de 2020, rad. 58450, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 31 obra copia de la cedula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de su nacimiento el 10 de mayo de 1964, por lo que la edad de 57 años, la cumplirá el 10 de mayo de 2021, procediendo a solicitar su traslado mediante la

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002".

petición elevada ante COLPENSIONES 15 de noviembre de 2018 (Fls. 96 a 101), es decir, faltándole menos de 10 años para alcanzar la edad exigida para adquirir el derecho pensional y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1 de abril de 1994-, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos tenía cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, 246,43 semanas, equivalentes a 4 años, 8 mes y 20 días (fls. 137 a 139), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, lo anterior, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad al RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 07 de diciembre de 1.994 (Fl. 65), específicamente, conforme la información registrada en el formulario de afiliación a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A..

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a la demandante, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las sus condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección de régimen pensional (fol. 65), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN, antes COLMENA. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión

consiente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada COLMENA en su oportunidad, omitió en el momento del traslado de régimen (07 de diciembre de 1.994, fl. 65), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto apelación, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de las cuotas de administración, como de los rendimientos, dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, por cuanto la orden impartida fue para las sumas que se encuentren en la actualidad en la cuenta de la actora, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que los fondos privados en los que estuvo afiliada la actora, incluida PROTECCIÓN S.A., no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornados de manera íntegra al Régimen de Prima Media, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, tampoco le existe razón a la parte recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera o que haya riesgo de descapitalización, por cuanto la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral. Por lo anterior, no es dable acceder tampoco a adicionar la decisión de primer grado, como quiera que allí se ordenó la referida devolución para que COLPENSIONES tenga como afiliada a la actora.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, rad. 56174 de abril 10 de 2019.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales en costas se refiere, debe decirse que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas las AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena

en costas, por tal motivo se modificará la decisión en este aparte de la sentencia, para elevar condena contra dichas entidades.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

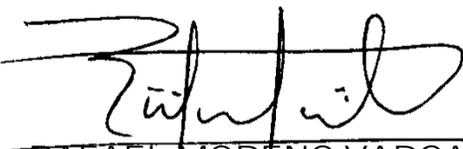
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEPTIMO de la sentencia objeto de estudio, en el sentido de CONDENAR en costas de primera instancia a las accionadas PORVENIR, PROTECCIÓN Y COLPENSIONES, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

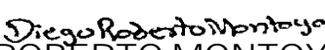
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

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