

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁNGELA VICTORIA FIGUEROA BUITRAGO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los cinco (5) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandas Colpensiones y Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

Ángela Victoria Figueroa Buitrago, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A. y a Protección S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de las AFP accionadas en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir

S.A. a devolver a Colpensiones 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 causados; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación. De igual manera, se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 76 vto a 80 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de febrero de 1962; el 31 de mayo de 1985 se afilió al ISS, donde cotizó un total de 389 semanas hasta agosto de 1994; en agosto de 1994 los asesores de Colfondos S.A. se acercaron a su sitio de trabajo en Bolsa y Banca Comisionista de Bolsa y le dijeron que si se trasladaba al RAIS se podía pensionar a cualquier edad y con una mesada más alta; los asesores de la época no le brindaron información clara y suficiente sobre las ventajas, desventajas ni implicaciones de su traslado de régimen; tampoco le realizaron una proyección pensional; el 13 de marzo de 2018 solicitó ante Porvenir S.A. y ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, con fundamento en la nulidad de su afiliación al RAIS, obteniendo respuesta negativa por parte de la referida AFP; hasta la fecha Colpensiones no ha emitido respuesta.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 164 a 1173); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, y la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 133 a 151); frente a los hechos

aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir, y la innominada o genérica.

Por su parte, Colfondos S.A. contestó la demanda oponiéndose a los pedimentos planteados (fls. 186 a 208); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, y ausencia de vicios del consentimiento.

En similar sentido, Porvenir S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 238 a 248); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación presentada ante esa AFP y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 478) en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el 31 de agosto de 1994, por intermedio de la AFP Colfondos. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes recibidos con sus respectivos rendimientos,

así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la accionante, sin descuento alguno por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados, debiendo activar la afiliación de la promotora de la Litis. Absolvió a Protección S.A. de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a Colfondos S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. interponen recursos de apelación, así: Colpensiones argumentó que no se probó vicio en el consentimiento al momento de suscribir el formulario de afiliación, ni que se hubiere suministrado información falaz. Agregó que la actora no tenía una expectativa legítima, pues no era beneficiaria del régimen de transición y le hacían falta más de 20 años para acceder a la pensión. Indicó que tampoco se dan los presupuestos de la sentencia SU-130 de 2013 para retornar de régimen en cualquier tiempo; que la accionante actuó de manera descuidada frente a su situación pensional; y que su voluntad de permanecer en el RAIS se ratificó con sus múltiples traslados entre AFP, sin que hubiese manifestado inconformidad alguna en más de 25 años.

Por su parte, Porvenir S.A. adujo que no es posible aplicar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre inversión de la carga de la prueba, toda vez que no se demostró que el traslado de régimen hubiese sido perjudicial para la situación pensional de la demandante. Añadió que la promotora de la litis realizó cuatro traslados entre administradoras del RAIS, ratificando de esta manera su voluntad de permanecer en ese régimen; y que si bien en el libelo demandatorio se realizaron unas negaciones indefinidas, las mismas fueron desvirtuadas con el interrogatorio de parte absuelto por la accionante en el cual, además, quedó establecido que sí recibió la información necesaria para tomar la decisión de trasladarse de régimen, razón por la cual no puede hablarse de omisión en el deber de información. Por último, argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que estos tienen una destinación específica, como por ejemplo la compra de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y siempre fueron utilizados en pro de los

rendimientos que se generaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada. Argumentos reiterados en los alegatos presentados esta instancia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Protección S.A. presentó alegaciones en esta instancia, argumentando todas sus actuaciones siempre han estado precedidas de buena fe y legalidad, por tal razón, todas las personas afiliadas a esa AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria. Afirmó que la accionante pudo retornar al RAIS en diferentes oportunidades, o hacer uso del derecho de retracto, y no lo hizo.

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

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado en cualquier tiempo por parte de la accionante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto no se configuran los presupuestos establecidos en la sentencia SU-130 de 2013, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 la actora no contaba con 15 años o más de servicios o cotizaciones; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 31 de agosto de 1994, diferente a la procedencia del traslado de régimen en cualquier cuando no se cumplen con los mandatos jurisprudenciales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "los asesores de la época no le brindaron información clara y suficiente sobre las ventajas, desventajas ni implicaciones de su traslado de régimen", es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

del 10 de abril 2019, rad. 56174, y en sentencia de 14 de agosto de 2019, rad. 76284, explicitó que:

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 31 de agosto de 1994. Precizando

que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en el año 1994 llegaron a su sitio de trabajo unos asesores de Colfondos; quienes le dijeron que el ISS se iba a quebrar y que el fondo privado era solvente y sólido; básicamente la charla se enfocó en la seriedad de la AFP y no en el proceso para acceder a la pensión ni en las características del RAIS. Dijo no recordar si la charla fue grupal o individual.

La testigo Alba Parra, compañera de trabajo de la accionante, afirmó que en el año 1994 fueron visitados en su sitio de trabajo por asesores de diferentes fondos privados, quienes realizaban reuniones grupales. Dijo que en esa época ella se trasladó a Colfondos S.A. porque el asesor le habló sobre la rentabilidad del fondo, el récord de vinculados, y también por la referencia que le dio una compañera del trabajo. Manifiesta que la información recibida acerca del ISS se limitó a que, como era una empresa tan grande y tenía tantos afiliados, llegaría el momento en que no podría cubrir la pensión de todos. Afirmaciones reiteradas por el testigo Jorge Ignacio Lewin.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen

pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 184 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 184 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

“Artículo 12. OBLIGACIÓN DE LOS PROMOTORES. Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

Igualmente, respetarán la libertad de contratación de seguros de renta vitalicia por parte del afiliado según las disposiciones pertinentes.”

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

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

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

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

Tampoco es de recibo el argumento expuesto por Colpensiones relativo a que la promotora de la litis actuó de manera descuidada frente a su situación pensional, pues como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

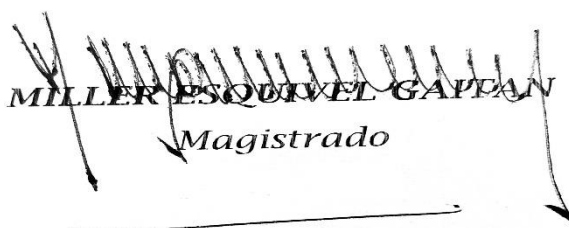
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

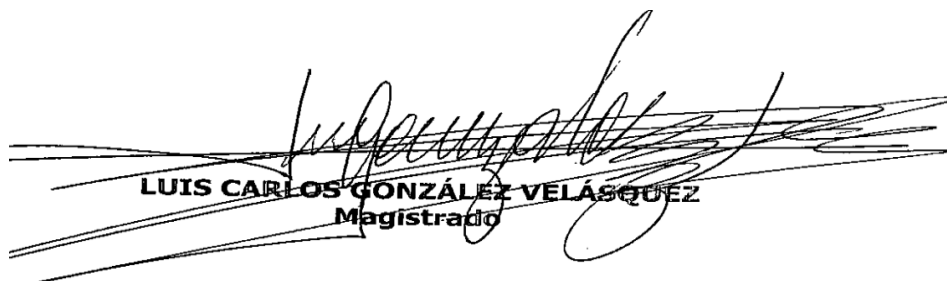
R E S U E L V E

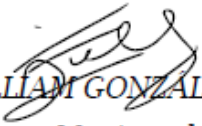
Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 a cargo de cada una de las apelantes por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA OLIVA TRIANA DE ÁVILA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá, D.C., a los cinco (5) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

PROVIDENCIA

Se reconoce personería a la abogada Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder de sustitución aportado.

A continuación, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandas contra la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

Martha Oliva Triana de Ávila, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Old Mutual S.A. para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones obligatorias y voluntarias, rendimientos financieros y bonos pensionales, sin ningún tipo de deducción. De igual manera, se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 38 a 41 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 30 de enero de 1962; se afilió al ISS en enero de 1988; en el año 1996 se trasladó a Protección S.A.; en el 2014 se afilió a Old Mutual S.A.; los asesores de las AFP en ningún momento le suministraron información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta en relación con las implicaciones de su traslado; tampoco le realizaron un estudio previo, individual y concreto, aclarando las ventajas y desventajas de permanecer o trasladarse de régimen; en la actualidad acredita más de 1.321 semanas de cotización; en agosto de 2017 solicitó ante las accionadas que declararan la ineficacia de su traslado para así respetar su afiliación al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 111 a 115); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su posterior traslado al RAIS, la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y la genérica.

A su turno, Old Mutual S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda,

oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 50 a 64); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su afiliación a esa AFP en el año 2014; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

Por auto del 11 de marzo de 2019 se ordenó vincular al trámite a Protección S.A. (fl. 1216); quien contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica (fls. 136 a 145).

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 210) en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora el 14 de marzo de 1996, por intermedio de la AFP Protección. Condenó a Old Mutual S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración y sumas adicionales, con sus respectivos intereses. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados, debiendo activar la afiliación y actualizar la historia laboral de la promotora de la Litis; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Old Mutual S.A. argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, dado que éstos no están destinados a financiar la pensión, sino que se establecen legalmente para retribuir el legítimo ejercicio de su actividad, la cual generó rendimientos en la cuenta de ahorro individual de la

actora. Añadió que en caso de devolver los gastos de administración, se presentaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones, o un pago de lo no debido, ya que la Administradora Colombiana de Pensiones no ha desarrollado ninguna actividad tendiente a administrar dichos recursos. Indicó que los dineros descontados por concepto de seguro previsional ya fueron pagados a una aseguradora; y que los riesgos de la accionante fueron cubiertos durante toda su afiliación a Old Mutual S.A.

Por su parte, Colpensiones manifestó que la accionante, al absolver interrogatorio de parte, aceptó haber recibido información al momento del traslado. Agregó que para dicha época, la única exigencia para las AFP era la suscripción del formulario de afiliación; no existía la obligación de documentar la asesoría, ni de realizar proyecciones o simulaciones pensionales; razón por la cual no es posible aportar ningún otro medio de prueba.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegaciones en esta instancia, argumentando que el asesor de Protección S.A. le suministró a la actora información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, razón por la cual no se configuran los presupuestos para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

Por su parte, Protección S.A. adujo que todas sus actuaciones siempre han estado precedidas de buena fe y legalidad, por tal razón, todas las personas afiliadas a esa AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria. Afirmó que la accionante pudo retornar al RAIS en diferentes oportunidades, o hacer uso del derecho de retracto, y no lo hizo.

CONSIDERACIONES

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

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

Colpensiones interpone recurso de apelación afirmando que existió una indebida valoración probatoria respecto de los supuestos que dan lugar a la declaratoria de ineficacia deprecada por la actora; empero, lo cierto es que era Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura sobre cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989, ratificada en la sentencia 18 de octubre de 2017, radicación 46292), ya que es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuada por intermedio de Protección S.A., decisión que no mereció reparo alguno por parte de dicha AFP en la audiencia de juzgamiento, ni por parte de Old Mutual S.A., mostrándose, entonces, conformes con esa decisión. Por lo que la alzada se restringe en determinar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, y lo relativo a la devolución de los gastos de administración, rendimientos financieros y seguro previsional, punto que fue apelado por Old Mutual S.A.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien

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

porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia; precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Old Mutual S.A. en su único motivo de inconformidad, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración, seguro previsional y los respectivos rendimientos dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir los aportes trasladados por Old Mutual S.A. junto con sus respectivos rendimientos, gastos de administración y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por lo que se ordena la devolución total de los aportes con rendimientos, sin lugar a descuentos, y actualizar su historia laboral incluyendo todo el tiempo cotizado, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

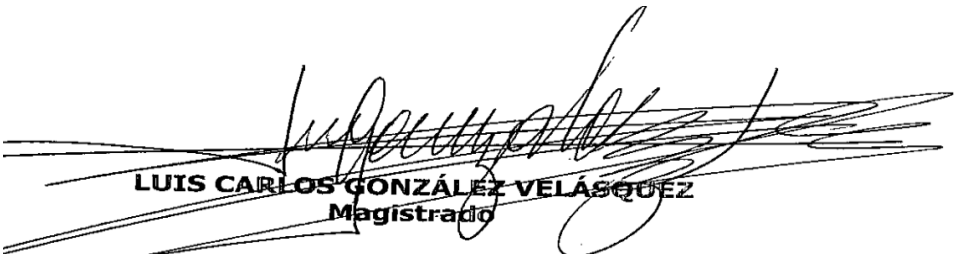
RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada.*

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de Old Mutual S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de las apelantes.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado