

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 GLADYS GIL CONTRA SANDRA MILENA LADINO Y GERMÁN MONSALVE CUERVO

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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 audiencia dentro del proceso 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 en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 26 de agosto de 2020, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

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

Gladys Gil, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Sandra Milena Molina y a Germán Monsalve Cuervo, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo vigente del 1° de marzo de 2004 al 24 de noviembre de 2018. En consecuencia, se condene al pago del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, indemnización por no pago de los intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, el valor correspondiente a la indemnización por no suministrar calzado y vestido de labor; junto con la indexación de las sumas, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: el 1° de marzo de 2004 inició a laborar al servicio de los demandados; las condiciones del contrato fueron pactadas verbalmente; el cargo que desempeñó fue el de operaria; cumplió un horario de trabajo de lunes a viernes de 6: 00 a.m. a 6:00 p.m. y los sábados de 6:00 a.m. a 1:00 p.m.; la labor fue desarrollada bajo continuada dependencia y subordinación de los accionados; el pago era realizado a destajo; inicialmente se pactó por kilo la suma de \$60,00; para el año 2017 y 2018 pagaron la suma \$175,00 por kilo; el salario le era pagado semanalmente; el 24 de noviembre de 2018 dejó de prestar sus servicios debido a que presentó problemas de salud, en especial de su brazo izquierdo; se le adeudan las acreencias aquí reclamadas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por los accionados en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 12 a 23); en cuanto a los hechos aceptaron la prestación personal del servicio de la actora, pero aclarando que “la demandante entró a reemplazar a su entonces compañero LUIS MONSALVE CUERVO quien venía prestando sus servicios ocasionales a su hermano el demandado (Germán Monsalve)”; sobre los restantes manifestó que no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó ilegitimidad por pasiva, ilegitimidad por activa, existencia de un contrato de gestión personal distinta de un contrato formal de trabajo, y cobro de lo no debido.

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. 35) en la que absolvió a los demandados de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la accionante.

CONSIDERACIONES

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

EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo vigente del 1° de marzo de 2004 al 24 de noviembre de 2018.

Pues bien, el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo así: “es aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra natural o jurídica, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda y mediante remuneración”, siendo elementos constitutivos de dicha vinculación la actividad personal del trabajador, su continuada subordinación o dependencia respecto del empleador y la percepción de un salario como contraprestación, conforme al art 23 del CST.

De tal suerte, para la existencia válida de un contrato de trabajo es necesario que concurren los tres elementos antes reseñados, pues de no ser así, indefectiblemente se estaría en presencia de otra clase de contrato, no sujeto por consiguiente a las leyes de nuestro ordenamiento positivo laboral.

Por ello, la H. Corte Suprema de Justicia categóricamente ha señalado que "Dada la multiplicidad de los aspectos y de las formas con que se realiza el contrato de trabajo, es criterio generalmente adoptado por la doctrina y la jurisprudencia, que no se debe estar a las denominaciones dadas por las partes o por una de ellas en la relación jurídica, sino observar la naturaleza de la misma respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato". De otra parte, el artículo 24 del CST consagra la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, de modo que, una vez el demandante demuestra la prestación personal de los servicios, es el demandado que niega la existencia de la relación laboral quien soporta la carga de desvirtuar la presunción legal, pues sabido es que en materia probatoria existe el principio universal de que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, conforme a la máxima "onus probandi incumbit actori" (artículos 167 del CGP y 1757 del CC).

Sin pasar por alto el principio de la primacía de la realidad sobre formalidades que impera en materia laboral, según el cual en caso de discordancia entre lo que surge de los documentos y lo que emerge de los hechos, se le da prevalencia a estos últimos, esto es, lo que sucede en el terreno de los hechos, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia y que se constitucionalizó (art. 53 de la CP).

Bajo tales derroteros, se adentra este Colegido a analizar el acervo probatorio que obra en el informativo. Sea lo primero señalar que, al dar respuesta a la demanda, los accionados aceptaron la prestación personal de la actora durante el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2004 y el 24 de noviembre de 2018.

Aunado a ello, se aportó una “REFERENCIA LABORAL”, fechada 26 de diciembre de 2017, suscrita por los dos demandados, en la cual hacen constar que “la Señora GLADIS GIL [...] labora para nosotros desempeñándose como Operadora desde hace 12 años devengando un salario mensual de \$737.717; tiempo en el cual ha demostrado ser una persona honesta, trabajadora, con excelentes relaciones interpersonales y cumplidora de sus labores” (fl. 6). Dicha documental no fue tachada de falsa ni desconocida por los accionados.

Adicionalmente, la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó que Luis Monsalve, su “exmarido” y hermano de Germán Monsalve, fue quien la llevó a trabajar con los demandados. Inicialmente ella llegó para ayudar a Luis pero, después que éste se fue, ella siguió trabajando allá. Dijo que trabajaba de lunes a sábado de 6:00 a.m. a 6:00 p.m., incluso los festivos; que de 9:00 a.m. a 9:30 a.m. salía a desayunar y de 1 a 1:30 salía a almorzar; Sandra Ladino era quien establecía esos horarios. Su labor consistía en cargar y descarga el camión, pelar y seleccionar el material, con el cual después llenaba unos globos; le pagaban semanalmente por los kilos que hiciera. Aseguró que el sueldo se lo pagaba Germán Monsalve quien, junto a Sandra Ladino, le daba órdenes. Indicó que llevaba a Yeimy Milena y a Jesús David para que la ayudaran, y ella “les daba a ellos para la gaseosa”; que si faltaba a trabajar la sancionaban no dándole el “beneficiado”, éste era un material pelado listo para echar en los globos; cuando se ausentaba los lunes festivos no le daban “beneficiado”. Afirmó que los lunes festivos ella salía a la 1 pm, razón por la cual la señora Sandra Ladino se enojaba y le decía que la iba a

sancionar. Añadió que nadie le decía cómo hacer su trabajo, ya que al principio Luis y Sandra le explicaron cómo hacerlo, y ella aprendió rápido; lo única orden que le daba Sandra era que llegara temprano pues, si llegaba tarde, Sandra se enojaba, por eso siempre pedía permiso. Agregó que no debía cumplir con una cuota mínima, pues le pagaban por lo que alcanzara a hacer.

Por su parte, Sandra Milena Ladino Moncada, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que la demandante no era empleada, simplemente llegó a ayudar a Luis Monsalve y luego se quedó en el puesto de él. Dijo que la actora se encargaba de sacar los tarros por colores, separando el material; que no tenía horario de trabajo, a veces llegaba temprano y otras veces tarde, eso dependía de la disponibilidad del material. Indicó que a veces las labores comenzaban a las 7:00 a.m., cuando llegaba el carro con el material; que si la accionante no asistía a trabajar no pasaba nada, volvía al otro día sin ningún inconveniente. Afirmó que Germán Monsalve le pagaba semanalmente a la actora, dependiendo de los kilos que hiciera; que la promotora de la litis prestaba sus servicios de lunes a viernes de 7:00 a.m. o 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y los sábados medio día; la labor era desarrollada en la bodega. Añadió que la accionante salía a las 9:30 a.m. a desayunar y a la 1:00 p.m. a almorzar, ese horario lo estableció la misma Sandra Ladino; que la demandante siempre llevaba una persona para que le colaborara y nunca pedía permiso para eso, tampoco se le hizo ningún requerimiento por esa situación. Aseguró que algunos días festivos la demandante prestó sus servicios, cuando había material, y que era ésta quien elegía si iba o no iba; y si resolvía no ir, no pasaba nada. Dijo que no se le asignaban días, que la accionante sólo decía "tal día puedo venir" y ya; tampoco le decía cómo realizar la labor, porque ella ya sabía qué hacer; aunque también admitió que sí le daba órdenes a la promotora de la Litis, y que a todos se les exigía hacer aseo los sábados.

A su turno, el demandado Germán Monsalve, al absolver interrogatorio de parte, aseguró que él nunca llamó a trabajar a la demandante; a quien llamó a trabajar fue a su hermano Luis y éste último llevó a Gladys para que le colaborara; luego Gladys se quedó sola y le comenzó a pagar a ésta por los kilos que hiciera. Dijo que el sitio de prestación del servicio se trataba de una bodega de reciclaje pequeña, en ocasiones había material para trabajar,

otras no. Indicó que no había establecido un horario de trabajo, la actora iba cuando ella quisiera; ella a veces no iba los lunes, o iba los martes medio día. La bodega se abría a las 7 am o 7:30 am y se cerraba a las 4 pm o 5 pm. La demandante se podía ir a la hora que quisiera a tomar sus alimentos. Reconoció que Sandra Ladino le impartía órdenes a Gladys Gil, porque era quien se la pasaba en la bodega. La labor de Gladys Gil consistía en quitar tapas y sellos con un cuchillo. Si la actora no llegaba o llegaba tarde, no pasaba nada.

Rindió testimonio Yeimi Milena Gil, hija de la demandante, quien indicó que le colaboraba a su mamá en el trabajo porque ésta tiene túnel del carpo; le ayudaba a pelar “tatuco”, a cargar el camión y a descargar globos. Afirmó que cumplían un horario de 6: 00 a.m. a 6:00 p.m.; y si no cumplían el horario, las sancionaban; aunque aclaró que a la actora nunca la sancionaron. Aseguró que debían dejar limpio el puesto de trabajo; que a la demandante nadie le decía cómo hacer su trabajo porque ella ya sabía hacerlo; y que le pagaban por los kilos que hiciera. Añadió la testigo que a ella no le pagaban los demandados, que era su mamá quien le daba “para la gaseosa”; que no le ponían ningún problema por colaborarle a Gladys Gil; y que esa colaboración se dio todo el tiempo entre los años 2004 a 2018. Afirmó que la demandante a veces no iba porque estaba enferma de las manos y para ausentarse le pedía permiso a Sandra Ladino; esta última también le exigía que cumpliera horario. Agregó que a su mamá se le exigía realizar aseso a su puesto de trabajo.

Se recibió el testimonio de Alirio Prías Ayala, exesposo de la demandante, quien manifestó que la señora Gladys Gil trabajó con los demandados; la labor desempeñada consistía en pelar “tatuco”; y que ella laboraba en la bodega de 6:00 am a 5:00 p.m. o 6:00 p.m. Afirmó no costarle si le daban órdenes, ni cuánto le pagaban.

La testigo Dina Yamile Monsalve Llano, sobrina de Germán Monsalve y quien también trabajó en la bodega pelando tarros, indicó que se manejaba un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m.; que el día que no quisieran ir, sencillamente no iban, sin necesidad de avisar ya que no pasaba nada; que cada quien establecía su horario; incluso Gladys podía irse a medio día si así lo deseaba. Dijo que la demandante podía dejar de ir 3 o 4 días y no pasaba nada; porque

el sueldo “se lo hace uno mismo”; y que a la actora nadie le daba instrucciones u órdenes para desarrollar el trabajo. Aseguró que Gladys Gil entró a trabajar con Luis, fue éste quien le enseñó a trabajar, luego ellos se separaron y Gladys se quedó trabajando ahí. La labor de la demandante consistía en quitar las etiquetas y tapas a los tarros. Los implementos de trabajo eran de Gladys, y consistían en un cuchillo. A la demandante permanentemente le ayudaban su hija y su esposo, pero quien recibía el pago era Gladys. Aclaró que a la accionante se le exigía mantener aseada la bodega, que las órdenes las daba Sandra Ladino, y que para asistir a las citas médicas debían pedir permiso.

Finalmente, la testigo Laura Carolina Monsalve Ladino, hija de los demandados y quien también laboró durante varios años en la bodega, afirmó que la actora entró a trabajar como empleada de Luis, quien la llevó para que le ayudara; y luego ella se quedó allí. Dijo que la accionante no tenía un horario fijo, podía entrar y salir cuando quisiera; y que cuando no había material, no iban a trabajar. Agregó que Gladys podía ausentarse del trabajo los días que quisiera; que no le daban órdenes porque ella ya sabía qué hacer; y que era libre de establecer su propio horario porque “el sueldo dependía de lo que hacían, no del horario”. Añadió que la demandante llevaba a su hija y a su marido para que la ayudaran, pero quien recibía el pago era Gladys

Ahora, sobre estas dos últimas testigos fue propuesta la tacha por la parte actora al considerar viciada su credibilidad e imparcialidad, por ser familiares de los demandados. En este punto, debe indicarse que las referidas testigos se caracterizaron por su coherencia y claridad, sin que se evidencie parcialidad o interés indebido en su relato, entonces, no compromete la capacidad demostrativa de la prueba el que provenga de familiares de los accionados, pues, ofrecen credibilidad, en tanto expresan las circunstancias fácticas que conocían y les constaban respecto del objeto de litigio en el presente proceso al ser testigos directas. Así, habida cuenta de que la tacha se presentó únicamente basada en el vínculo de consanguinidad que las une con los demandados, sin que existan otros elementos que verdaderamente pongan en duda la credibilidad de los testimonios, se desestima el cuestionamiento sobre los mismos y se analizarán sus declaraciones.

Así, con las pruebas anteriormente reseñadas, es claro para la Sala que se logró acreditar la prestación personal del servicio por parte de la

demandante, naciendo así la presunción de tipo legal de existencia del contrato de trabajo y, por tanto, surgió la ventaja probatoria a favor de aquella, quien se despoja de esa responsabilidad probatoria, siendo a los demandados a quienes corresponde desvirtuar dicha presunción de tipo legal; lo cual no hicieron. En efecto, recuérdese que fue aportada una certificación en la que los accionados aceptaron la existencia del contrato de trabajo con Gladys Gil, y frente a este tipo de documentales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera reiterada que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos “pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad”; paralelamente ha afirmado que el demandado tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (sentencia SL2600 del 27 de junio de 2018).

Por tal razón, la carga de probar en contra de lo que certifica el propio demandado corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no quede duda, es decir, debe acreditar fehacientemente que lo registrado en la certificación no se atiene a la verdad, desvirtuando la información allí consignada con otros medios de convicción (sentencia SL516 del 16 de febrero de 2016); actividad probatoria que en el sub examine no fue cumplida, toda vez que, conforme lo aceptaron los mismos demandados al absolver sus correspondientes interrogatorios de parte, y se corrobora con la prueba testimonial recaudada, se obtiene que la demandante no ejercía su labor de manera autónoma e independiente; por el contrario, del material probatorio emerge con claridad que la accionante, además de recibir órdenes sobre la labor a ejecutar y en particular sobre el aseo de su sitio de trabajo, debía cumplir el horario asignado, y para ausentarse de su lugar de trabajo a las citas médicas era necesario solicitar permiso. Toda esta situación enmarca una subordinación de índole laboral, lo que configura el contrato de trabajo; imponiéndose revocar la decisión absolutoria de primer grado.

EXTREMOS TEMPORALES Y SALARIO

Alega la demandante que el vínculo laboral que sostuvo con los accionados estuvo vigente del 1° de marzo de 2004 al 24 de noviembre de 2018, extremos temporales que fueron aceptados al dar contestación a la demanda; por lo

que la Sala declarará estas fechas como las de inicio y finalización del contrato de trabajo que unió a las partes.

En cuanto al salario, se tomará el reconocido por los convocados a juicio en la certificación expedida el 26 de diciembre de 2017, esto es, el mínimo de cada anualidad.

Declarada la existencia del contrato de trabajo, procede la Sala a verificar cada una de las condenas peticionadas; siendo preciso destacar que los accionados no propusieron la excepción de prescripción.

AUXILIO DE CESANTÍAS

El artículo 249 de CST, ordena a todo empleador a pagar a sus trabajadores, un mes de salario por cada año de servicios o proporcional; por lo cual los demandados adeudan a la trabajadora, por este concepto, la suma de \$11.517.433,4.

INTERESES A LAS CESANTÍAS

Conforme lo dispuesto por el numeral 2° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el empleador está obligado a pagar al trabajador el 12% anual sobre el valor de las cesantías por concepto de interés, dentro del plazo previsto por la Ley 52 de 1975, esto es a más tardar al 31 de enero de periodo siguiente.

Así las cosas la parte demandada adeuda a la demandante por este concepto la siguiente suma \$1.382.092,00.

PRIMA DE SERVICIOS

El artículo 306 del CST, establece como prestación a favor de los trabajadores una prima de servicios, que equivale a un salario adicional anual y que se debe pagar al trabajador de forma semestral, en julio y diciembre de cada anualidad, las cuales no aparecen canceladas y por ello se adeuda a la trabajadora la suma de \$11.517.433,4.

COMPENSACIÓN EN DINERO DE LAS VACACIONES

El artículo 186 del CST dispone que por los servicios prestados al término de un año el trabajador tendrá derecho a que se le concedan 15 días hábiles de descanso remunerado, periodos que la demandante no disfrutó al estar al servicio de la demandada y por lo cual se le adeudan como compensación en dinero la suma de \$5.758.716,7, suma que se ordenará cancelar debidamente indexada.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA - SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS

La indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, como la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no son de aplicación automática, sino que se requiere que el empleador haya actuado de mala fe, ya sea cuando no paga los salarios y prestaciones sociales causados a la terminación del contrato de trabajo o cuando no consigna el auxilio de cesantías al fondo de cesantías elegido por el trabajador a más tardar el 15 de febrero del año siguiente a su liquidación. Sobre este punto ha sido pacífica la jurisprudencia de tiempo atrás sobre que la buena fe del empleador en el no pago de salarios y prestaciones sociales o en la no consignación de las cesantías lo exonera de la indemnización moratoria, así la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, indicó en sentencia de 16 de julio de 1979 "Sólo a manera de excepción admite la Jurisprudencia que el patrono asistido de buena fe, la cual debe demostrar plenamente, sea exonerado de la indemnización cuando desconoce o discute los derechos del trabajador con argumentos valederos, por razones manifiestas y fundadas, sin temeridad ni malicia", por lo que ésta es una carga procesal del demandado, esto es probar que actuó de buena fe, la que no se presume. Así, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de diciembre de 1982, reiterada en la del 20 de noviembre de 1990 (radicación N° 3956), y más recientemente en la sentencia del 30 de abril de 2013 con radicado N° 38666, sentó su criterio en el sentido de que "la carga de la prueba de la buena fe exonerante corresponde al patrono incumplido o moroso, puesto que la referida norma -art. 999 de la ley 50 de 1990-, al igual que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo equivale a una presunción de mala fe que favorece al trabajador perjudicado con el incumplimiento".

Significando, entonces, que estructurado el contrato de trabajo, éste se debe ejecutar, como todo contrato, dentro de la solvencia de la buena fe, no sólo por expreso mandato legal (artículo 55 del CST), sino también por principio, porque, la buena fe, que aunque no es una norma ni se reduce a una o más obligaciones, es algo que debemos admitir como supuesto de todo ordenamiento jurídico, en el sentido de que, la buena fe con una mayor relevancia en el área del derecho del trabajo, no se limita a determinada obligación u obligaciones o al conjunto de las obligaciones que abarque a las dos partes, sino que es, como bien lo define el maestro uruguayo Américo Plá Rodríguez en su Curso de Derecho Laboral, la buena fe lealtad, se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. "Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Conlleva la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones. La buena fe que debe regir como principio del derecho del trabajo es la buena fe lealtad, o sea, que se refiere a un comportamiento y no a una mera convicción", destacando que este principio alcanza a ambas partes del contrato y no sólo a una de ellas.

Así que, centrándonos en el sub examine, observa la Sala que la circunstancia aducida como justificación para no realizar el pago de las acreencias laborales de la actora, desconoce a todas luces la legislación aplicable al caso, a más de ser vulneratoria de los derechos de la trabajadora, por lo que no constituye buena fe, razón por la que no se puede exonerar de las mentadas indemnizaciones, pues era obligación de los demandados Sandra Milena Molina y Germán Monsalve Cuervo proceder al pago de los salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo, así como la de consignar anualmente las cesantías en un fondo, y no lo hicieron. Para la Sala es clara la intención de los accionados de encubrir ante la trabajadora su verdadera calidad de empleador durante la vigencia del vínculo laboral, precisamente para eludir el pago de las prestaciones sociales y demás derechos derivados del contrato de trabajo. Es inadmisibles que unos servicios personales, que a todas luces corresponden a un contrato de trabajo, se asuma que se prestaron bajo un "contrato de gestión personal", como se señala en la contestación de demanda, por el prurito de vulnerar los derechos laborales.

Por lo tanto, al no probar que obraron de buena fe en el impago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral, y en la omisión

frente a la consignación del auxilio de cesantías en un fondo, no se les puede exonerar a los accionados de estas sanciones.

En este orden de ideas, una vez efectuadas las operaciones aritméticas pertinentes, la Sala obtuvo por concepto de sanción por no consignación de cesantías en un fondo la suma de \$87.264.409,00, como a continuación se detalla:

AÑO CAUSACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS	FECHA DE LA MORATORIA	TOTAL
2004	16 de febrero de 2005 al 15 de febrero de 2006	\$ 4.296.000
2005	16 de febrero de 2006 al 15 de febrero de 2007	\$ 4.578.000
2006	16 de febrero de 2007 al 15 de febrero de 2008	\$ 4.896.000
2007	16 de febrero de 2008 al 15 de febrero de 2009	\$ 5.204.400
2008	16 de febrero de 2009 al 15 de febrero de 2010	\$ 5.538.000
2009	16 de febrero de 2010 al 15 de febrero de 2011	\$ 5.962.800
2010	16 de febrero de 2011 al 15 de febrero de 2012	\$ 6.180.000
2011	16 de febrero de 2012 al 15 de febrero de 2013	\$ 6.427.200
2012	16 de febrero de 2013 al 15 de febrero de 2014	\$ 6.800.400
2013	16 de febrero de 2014 al 15 de febrero de 2015	\$ 7.074.000
2014	16 de febrero de 2015 al 15 de febrero de 2016	\$ 7.392.000
2015	16 de febrero de 2016 al 15 de febrero de 2017	\$ 7.732.200
2016	16 de febrero de 2017 al 15 de febrero de 2018	\$ 8.273.460
2017	16 de febrero de 2018 al 24 de noviembre de 2018	\$ 6.909.949
	TOTAL	\$ 87.264.409

En lo que respecta a la forma de liquidar la indemnización moratoria, el referido artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, establece que la misma consistirá en un salario diario por cada día de retardo, hasta por 24 meses o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Cuando la demanda se instaure antes de los 24 meses a la terminación del vínculo laboral y el ex trabajador devenga más de un salario mínimo legal, la indemnización moratoria es de un día de salario por cada día de retardo hasta cuando se paguen esos haberes sociales, y si se promueve la demanda después de ese plazo procederán los intereses moratorios sobre las acreencias adeudadas a partir del mes 25 y por los 24 meses anteriores el salario diario aludido; indemnización que debe estar en consonancia con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, en la que precisó:

“No quiere significar lo anterior que los trabajadores que perciben una asignación superior al salario mínimo hayan quedado desprotegidos en el evento en que a la

terminación del vínculo su empleador no les pague los salarios y prestaciones adeudados, lo cual sí resultaría desproporcionado, pues de todas formas tienen derecho a la indemnización por falta de pago. Sin embargo, en los términos del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios “a la tasa máxima” para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto.”

Dados los anteriores derroteros, teniendo en cuenta que en el sub examine el vínculo laboral finalizó el 24 de noviembre de 2018, y que el salario devengado por la actora equivalía al mínimo legal mensual vigente, el cual a la finalización del vínculo ascendía a \$781.242,00; resulta procedente condenar al pago de un día de salario por cada día de retardo, esto es, \$26.041,00 diarios a partir del 25 de noviembre de 2018 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidos.

INDEMNIZACIÓN POR NO PAGO DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS

Sobre este punto, cumple indicar que en virtud del artículo 1° de la Ley 52 de 1975, en caso de que el empleador no cancele los intereses a las cesantías, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

Así las cosas, dadas las consideraciones precedentes, al no encontrarse acreditado el pago de los intereses a las cesantías, considerando la mala fe con que actuaron los demandados, punto sobre el que ya se pronunció la Sala, se concluye que se le adeuda a la actora por este concepto la suma de \$1.382.092,00.

INDEMNIZACIÓN POR NO SUMINISTRAR CALZADO Y VESTIDO DE LABOR

Se absolverá de esta pretensión en la medida en que no se acreditó por parte de la actora el perjuicio ocasionado por el no suministro del calzado y vestido de labor.

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.- Revocar la decisión absolutoria de primer grado para, en su lugar, declarar que entre Gladys Gil, en su condición de trabajadora, y Sandra Milena Molina y Germán Monsalve Cuervo, como empleadores, existió un contrato de trabajo vigente del 1° de marzo de 2004 al 24 de noviembre de 2018, en virtud del cual la actora percibió como salario el mínimo de cada anualidad.

Segundo.- Condenar a Sandra Milena Molina y a Germán Monsalve Cuervo a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas:

- a. \$11.517.433,4 por concepto de auxilio de cesantías.
- b. \$1.382.092,00 por intereses a las cesantías.
- c. \$11.517.433,4 por concepto de primas de servicio.
- d. \$5.758.716,7 como compensación en dinero de las vacaciones, suma que deberá pagarse debidamente indexada.
- e. \$1.382.092,00 por concepto de indemnización por no pago de los intereses a las cesantías.
- f. \$87.264.409,00 por concepto de sanción por no consignación de cesantías en un fondo.

Tercero.- Condenar a los demandados a pagar a la accionante, a título de sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, la suma diaria de \$26.041,00, a partir del 25 de noviembre de 2018 y hasta cuando se cancelen los salarios y prestaciones debidos.

Cuarto.- Absolver a los accionados de las restantes pretensiones formuladas en su contra.

Quinto.- Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primer grado estarán a cargo de los demandados.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

Salva voto

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 PATRICIA CECILIA GARCÍA BUSTAMANTE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Patricia Cecilia García Bustamante, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Colfondos S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS. En consecuencia, se condene a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos, junto con los rendimientos generados, sin efectuar descuento alguno;

debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 20 de noviembre de 1960; estuvo afiliada al ISS desde el 1° de abril de 1980 hasta el 1° de julio de 1996; el 1° de julio de 1996 se trasladó a Colfondos S.A.; desde abril de 1997 hasta enero de 2003 estuvo afiliada a Porvenir S.A.; desde febrero de 2003 hasta mayo de 2004 realizó aportes a Colfondos S.A.; retornó a Porvenir S.A. en junio de 2004; en agosto de 2009 regresó a Colfondos S.A.; en mayo de 2014 se afilió a Old Mutual S.A., donde continúa hoy en día; no le brindaron información suficiente sobre el traslado entre regímenes y los efectos adversos que le generaría dicha actuación; no se le informó acerca de las consecuencias que sobre su derecho pensional generaría el traslado de régimen; el 12 de septiembre de 2018 solicitó ante Colpensiones su traslado al RPMPD, y ante Old Mutual S.A. la declaratoria de nulidad de traslado, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA – EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 166 a 179); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (fls. 91 a 97); frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e

inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Colfondos S.A. contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (fls. 127 a 152); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS, y su posterior retorno a esa AFP; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, y la innominada o genérica.

A su turno, Old Mutual S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda (fls. 188 a 202); frente a los hechos aceptó la reclamación presentada por la actora 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, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionante interpone recurso de apelación argumentando que no se probó que Colfondos S.A. le hubiese suministrado una asesoría clara, suficiente y adecuada al momento del traslado de régimen. Dijo que la omisión en el deber de información ocurrido en el año 1996 no se subsana con actuaciones posteriores; y que el fallador de primer grado desconoció toda la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para dejar en cabeza del extremo demandante la carga de la prueba. Agregó que no resulta procedente exigirle a la accionante estar informada sobre las implicaciones del

traslado, pues si bien es una profesional con posgrados, esto no garantiza que tenga conocimiento en temas pensionales. Indicó que el a quo realizó una indebida valoración probatoria, toda vez que, de los documentos aportados no es posible derivar que se le hubiese suministrado información en los términos señalados por la Corte Suprema de Justicia. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, por cuanto no se acreditaron los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del acto jurídico de afiliación.

Colfondos S.A. manifestó que la accionante no es beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual no puede trasladarse en cualquier tiempo; aunado al hecho que le faltan menos de 10 años para para cumplir la edad de pensión. Agregó que no se configuran los presupuestos para declarar la ineficacia de un negocio jurídico.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a uno de los argumentos expuestos por Colfondos S.A. en los alegatos presentados en esta instancia, que no es otro que el referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto al ser un hecho

indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 60 años de edad, acorde con la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 13 del expediente; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 21 de junio de 1996, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de 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 a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no se le informó acerca de las consecuencias que sobre su derecho pensional generaría el 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 21 de junio de 1996. 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.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó que es contadora pública, con dos especializaciones en alta gerencia y que trabaja en Aseguradora Solidaria. Indicó que, para la época del traslado, se realizó una reunión en la empresa donde trabaja; allí les informaron que la mejor opción era cambiarse de régimen porque el ISS ya no contaba con recursos suficientes para tener pensionados, y que si querían pensionarse podían empezar el trámite a través del fondo privado, haciendo los mismos aportes que venían realizando en el ISS; también les dijeron que, en caso de fallecimiento, en el fondo privado los dineros que quedaban podían ser heredados, mientras que en el ISS esto no se podía.

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 actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de

la solicitud de vinculación visible a folios 243 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 folios 243 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 defensa la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como

la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, 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, porque 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (CSJ SC3201-2018).” (SL 3463-2019)

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; por lo que, contrario a lo concluido por el fallador de primer grado, no es admisible

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.

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 contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con sus respectivos rendimientos, junto con los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración y las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante. 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 promotora de la Lits, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

Ahora, si bien con posterioridad al año 1996 Patricia Cecilia García Bustamante realizó traslados entre las AFP accionadas, lo cierto es que para esas fechas posteriores ya se encontraba configurada la nulidad o ineficacia deprecada, lo cual aconteció al momento mismo del traslado de régimen, dada la omisión en el deber de información por parte de Colfondos S.A.; como acertadamente lo señaló la parte actora en su apelación.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por el a quo relativas a que la ignorancia de la ley no es excusa, que se trató de un error de derecho y que la actora no cumplió su deber como consumidora financiera, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional implica para Colpensiones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que deba

recibir las sumas trasladadas por las AFP accionada; debiendo asimismo mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, actualizando su historia laboral.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión absolutoria de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por Patricia Cecilia García Bustamante con destino a la AFP Colfondos S.A., el 21 de junio de 1996; ordenando a Old Mutual S.A., AFP a la cual se encuentra afiliada actualmente, a trasladar los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a Colpensiones. Igualmente, se ordenará a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. que trasladen a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración; debiendo esta última entidad recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y actualizar su historia laboral.

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.- Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por Patricia Cecilia García Bustamante con destino a la AFP Colfondos S.A., el 21 de junio de 1996. En consecuencia, se deberá mantener la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

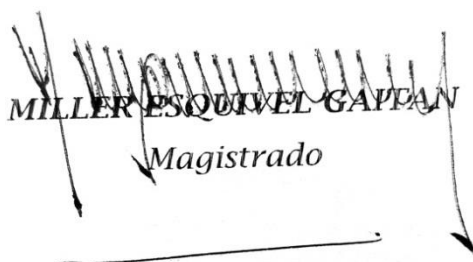
Segundo.- Ordenar a la AFP Old Mutual S.A. el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a Colpensiones, entidad que deberá recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional y actualizar su historia laboral.

Tercero.- Ordenar a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. que trasladen a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración.

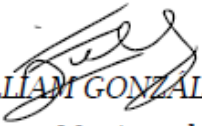
Cuarto.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Quinto.- Sin costas en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de las accionadas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE LUZ MARINA RIVERA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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 demandadas contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis 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

DEMANDA

Luz Marina Rivera, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a que hubiere lugar;

debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 28 de junio de 1962; realizó aportes al ISS desde el 10 de abril de 1989, completando un total de 503 semanas en el RPMPD; el 21 de junio de 2000 se trasladó a Porvenir S.A., donde se encuentra actualmente; la AFP accionada no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen pensional; el 30 de octubre de 2018 solicitó a Porvenir S.A. anular su afiliación; el 23 de octubre de 2018 petitionó ante Colpensiones que procediera con la activación de su afiliación; obteniendo respuestas negativas por parte de ambas demandadas.

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. 120 a 139); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, el total de semanas cotizadas en el RPMPD, las reclamaciones presentadas y las respuestas negativas obtenidas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos administrativos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción, y la innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (fls. 166 a 189); frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la actora, su actual vinculación a esa AFP, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora, con destino a Porvenir S.A., efectivo a partir del 1° de agosto del año 2000. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidas cotizaciones y rendimientos, sin descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra. Declaró no probada la excepción de prescripción; condenando en costas a la AFP accionada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que en el presente asunto no se acreditó vicio en el consentimiento que hubiere impedido a la actora manifestar de manera clara su voluntad. Agregó que cumplió con el deber de información en los términos vigentes al momento del traslado; y que a la accionante sí se le brindaron elementos de juicio para tomar una decisión informada. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, generando importantes rendimientos financieros; y en lo referente a las primas del seguro previsional, ya fueron pagadas a la aseguradora, lo que generó una cobertura durante la vigencia de la póliza; por lo que, en caso de devolver estas sumas, se configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la demandante. Por último, solicitó que se absuelva de la condena en costas. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

Colpensiones afirmó que a la actora se le brindó información sobre las características del RAIS, razón por la cual el traslado de régimen es eficaz y produce plenos efectos. Indicó que no se probó un vicio en el consentimiento, y la

decisión de trasladarse fue libre y voluntaria, prueba de ello es la suscripción del formulario de afiliación. Añadió que la accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, dado que ha estado afiliada allí por un tiempo considerable; además, la AFP accionada cumplió con el deber de información en los términos legales vigentes al momento del traslado. Aseguró que la promotora de la Litis se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; y que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, ya que esto aumentaría el pasivo pensional a su cargo.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión de primer grado, por cuanto las demandadas no acreditaron el cumplimiento de su deber de información.

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha el actor no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto al ser un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 58 años de edad, acorde con la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 13 del expediente; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del

traslado realizado el 21 de junio del 2000, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de 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, al ser 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 “la AFP accionada no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado de régimen pensional”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios

allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 21 de junio del 2000. Precisando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en el año 2000 trabajaba en el Banco de Bogotá como auxiliar contable, y fue visitada por un asesor de Porvenir S.A. quien le brindó una charla individual en la cual le dijo que el ISS estaba atravesando por una situación de crisis y posiblemente se iba a liquidar; y esta manifestación fue la que motivó su traslado. Agregó que no se le brindó información clara y que no conocía las condiciones del régimen privado.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 19 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen

pensional. 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 19 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa 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, porque 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; 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 la tesis de la AFP accionada en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o 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 la AFP accionada, 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, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto

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.

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.

CONDENA EN COSTAS

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

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

“(…)

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

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

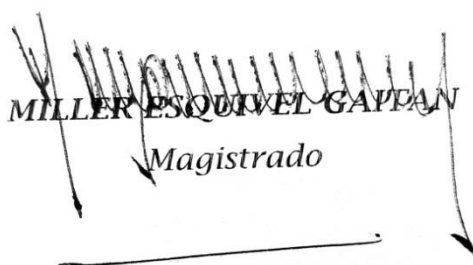
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

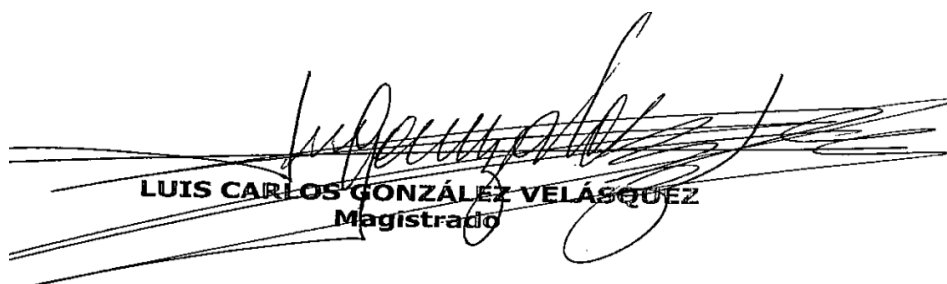
R E S U E L V E

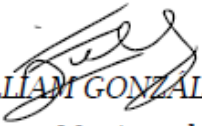
Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE FABIOLA DUQUE FRANCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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,

P R O V I D E N C I A

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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las AFP demandadas contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Fabiola Duque Franco, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, Colfondos S.A. y a Protección S.A., para que se declare la nulidad y/o invalidez de su traslado al RAIS, dada la omisión de las AFP accionadas en su deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos con sus respectivos rendimientos; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, activar su afiliación, actualizar su historia laboral y reconocerle la pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, a partir de la fecha de su desafiliación del sistema; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas y el incremento pensional del 14% por persona a cargo. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 15 y 16 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 9 de marzo de 1957, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; en mayo de 1998 se trasladó a la AFP ING, hoy Protección S.A., sin que dicha sociedad le hubiese brindado información sobre las condiciones del RAIS; nunca se le expusieron las consecuencias adversas del traslado de régimen, tampoco le realizaron una proyección pensional; tiene derecho a pensionarse bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 y a recibir el incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo, quien depende económicamente de ella.

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. 142 a 150). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, imposibilidad jurídica para reconocer retroactivo pensional e intereses moratorios de la pensión, y la innominada o genérica.

Por su parte, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos formulados en su contra (fls. 85 a 105). No aceptó ninguno de los hechos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, y la innominada o genérica.

Protección S.A. se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra (fls. 160 a 168). No aceptó los hechos formulados. 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, 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, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 198), en la que declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la actora, con destino a la AFP Davivir, hoy Protección S.A, el 28 de abril de 1998. Declaró a la demandante válidamente vinculada al RMPD. Condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con los rendimientos causados y los costos cobrados por concepto de gastos de administración; estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la AFP, debidamente indexados. Condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los costos cobrados por concepto de administración por el tiempo que perduró la afiliación de la demandante en esa AFP, con cargo a su propio patrimonio y debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a que, una vez ingresen dichos valores, actualice la información contenida en la historia laboral de la accionante. Absolvió a Colpensiones de las

restantes pretensiones formuladas en su contra. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las AFP accionadas interponen recursos de apelación, así: Protección S.A. argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, generando importantes rendimientos financieros; y en lo referente a las primas del seguro previsional, ya fueron pagadas a la aseguradora, lo que generó una cobertura durante la vigencia de la póliza; por lo que esas sumas no están destinadas a financiar la pensión, y en tal sentido, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En similar sentido, Colfondos S.A. afirmó que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo legal y se generaron altos rendimientos financieros; además, las primas de seguro previsional se destinaron a cubrir las posibles contingencias por invalidez o muerte. Agregó que en el presente proceso no se debatió y menos aún se probó algún daño o perjuicio causado a la accionante, que diera lugar a la devolución de dichas sumas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia argumentando que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las AFP accionadas al momento de sustentar su recurso 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 Y CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS efectuada a través de la AFP Colfondos S.A. Davivir, hoy Protección S.A., y sobre este aspecto no mereció reparo alguno por parte de dicha Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, mostrándose conforme al respecto; por lo que el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, así como lo relativo a la devolución de los gastos de administración.

*Pues bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (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 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; de igual manera, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por las AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados y las sumas destinadas al seguro previsional; pues,

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.

como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre las administradoras de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo la tesis de las AFP accionadas en sus respectivas apelaciones, 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, 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 las sumas trasladadas por las Protección S.A. y Colfondos 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, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos. Debiendo, asimismo, actualizar la historia laboral de Fabiola Duque Franco, 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.

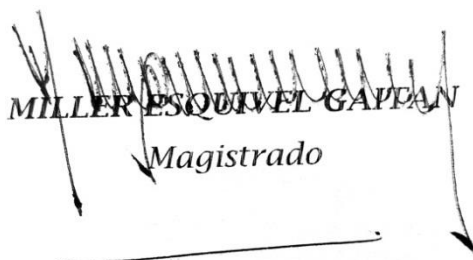
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

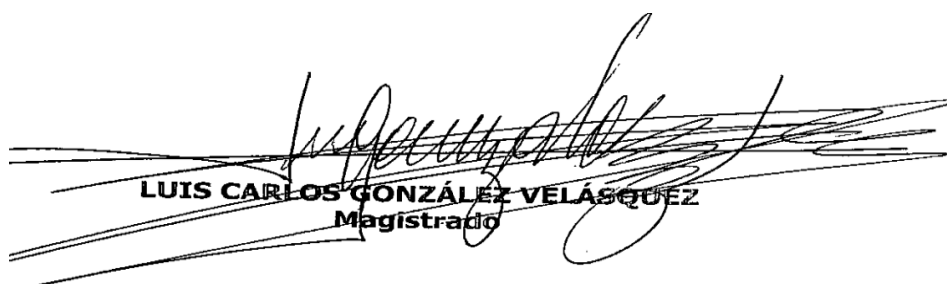
R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las AFP accionadas. Inclúyanse 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 ellas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE HILDA ANGÉLICA NOVOA GUEVARA CONTRA ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Hilda Angélica Novoa Guevara, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Protección S.A. para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, en calidad de compañera permanente supérstite de Melquisedec Malagón Prieto, a partir del 23 de julio de 2013, en aplicación del principio de condición más beneficiosa; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 2 y 3 del expediente, en los que en síntesis se indica que: Melquisedec Malagón Prieto prestó servicio militar en un periodo equivalente a 82 semanas; también cotizó al ISS un total de 267,29 semanas y 28,71 ante Protección S.A.; el referido señor contaba con 314,58 semanas a 1° de abril de 1994, con quien convivió en unión marital de hecho desde el 20 de noviembre de 1984 hasta el 23 de julio de 2013, de manera ininterrumpida; de dicha unión procrearon 3 hijos de nombres María Alejandra, Graciela Catalina y Leidy Malagón Novoa; Melquisedec Malagón falleció el 23 de julio de 2013 y para el momento del deceso era cotizante activo; el 28 de marzo de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue negada mediante comunicación del 26 de marzo siguiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Protección S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 81 a 85); en cuanto a los hechos aceptó el total de semanas cotizadas por el causante ante esa AFP, la fecha de su deceso y la negativa a reconocer el derecho pensional; 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, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demandada e incumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la prestación económica reclamada, improcedencia de la condición más beneficiosa, buena fe por parte de la demandada, situación jurídica consolidada - devolución de saldos, compensación, prescripción y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que, conforme lo estableció la Corte Constitucional en la sentencia SU-005 de 2018, sí es posible realizar una búsqueda histórica de la norma aplicable al presente asunto, sin importar la fecha de fallecimiento del afiliado. Agregó que el causante era cotizante activo al sistema, y que para efectos del reconocimiento pensional deben computarse los tiempos del servicio militar.

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 alegatos en esta instancia argumentando que no resulta procedente aplicar el principio de condición más beneficiosa, por cuanto no se demostraron las condiciones excepcionales contempladas por la Corte Suprema de Justicia para tal fin.

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la actora al momento de sustentar su recurso de apelación.

CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A PROTECCIÓN S.A.

Se encuentra acreditado en el proceso que Melquisedec Malagón Prieto ostentaba la calidad de afiliado a Protección S.A., según dan cuenta el formulario de vinculación (fl. 86), la constancia de devolución de saldos a favor de la demandante fechada 14 de septiembre de 2018 (fl. 93), y las diversas comunicaciones enviadas esta última (fls. 88 a 92). Asimismo, está demostrado que Malagón Prieto falleció el 23 de julio de 2013, conforme se establece con el registro civil de defunción (fl. 87).

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

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

Así las cosas, en lo que hace al referido principio, debe resaltarse que la norma con base en la cual se debe resolver una controversia referida al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, es la vigente a la fecha del deceso del causante afiliado o pensionado, como lo ha adocinado la H. Corte Suprema de Justicia en reiterados pronunciamientos, entre otros en la sentencia del 5 de febrero de 2014, radicación 42193; que para el caso sería el artículo 12 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 46 de la ley 100 de 1993, la cual estableció como requisito para el reconocimiento respectivo el haber cotizado 50 semanas durante los tres años anteriores al deceso del causante, cuestión que no se satisface en el caso de marras ya que en ese lapso Malagón Prieto tan sólo cotizó 20 semanas, conforme se establece con su historia laboral (fls. 24 a 27). No obstante, con el fin de minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley y proteger a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exigía la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubría la contingencia, la jurisprudencia nacional ha optado por acudir al principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse. Así, que si no se cumple con los requisitos vigentes al momento del deceso (Ley 797 de 2003), se debe atender lo previsto en la norma derogada, siempre que se haya consolidado el derecho, que para el presente caso lo es la Ley 100 de 1993, texto original, por ser ésta la norma inmediatamente anterior, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “dicho principio no se constituye en una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia el futuro.”¹; posición recientemente reiterada en la sentencia SL1938 del 10 de junio de 2020, con radicado N° 70924.

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

Así, el texto primigenio de la Ley 100 de 1993 exigía haber cotizado 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, y esto por cuanto, contrario a lo argumentado en la apelación, el causante no era un cotizante activo al sistema, pues su último aporte lo realizó para el ciclo 2013-01; sin que se logre acreditar ese número mínimo de semanas en el año anterior al deceso, ya que en ese periodo solamente cotizó 14,28 semanas.

Además, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia proferida el 25 de enero de 2017 con radicación 45262, limitó temporalmente la aplicación de dicho principio, de modo que, con base en ese nuevo criterio la condición más beneficiosa sólo puede ser analizada para eventos en los cuales el fallecimiento del causante haya ocurrido entre el 29 de enero de 2003 - fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de ese año- y el 29 de enero de 2006. De modo que como el óbito del señor Malagón Prieto ocurrió el 23 de julio de 2013 (registro civil de defunción, fl. 87), esto es, después del 29 de enero de 2006, tampoco hay lugar a analizar, bajo la nueva línea de pensamiento del órgano de cierre, el principio de la condición más beneficiosa, así lo señaló:

“Entonces, algo debe quedar muy claro. Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 - 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.

No puede la Corte pasar por alto que esta franja de tres años, a más de tornarse razonable y proporcional favorece, a quienes tenían dicha situación concreta al momento del tránsito legislativo.

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

Con tal óptica, es de verse que si los regímenes de transición tienen duración limitada y cuantificable en el tiempo, y que, para algún sector, es posible que el legislador modifique los regímenes de transición con posterioridad a su consagración «porque éstos no pueden ser concebidos como normas pétreas», caben las siguientes preguntas ¿cómo entender que el principio de la condición más beneficiosa sí permanezca en vigor sin límite alguno en el tiempo? Si un régimen de transición no es permanente, ¿bajo qué argumento puede sostenerse que el uso de la condición más beneficiosa sí lo sea? si precisamente, como se explicó, los derechos adquiridos son diferentes a las expectativas legítimas. No hay argumentos que, prima facie, lo justifique.”.

Por los anteriores argumentos, es del caso confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

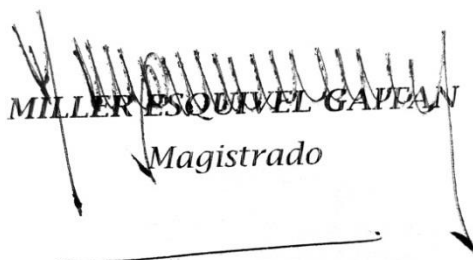
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

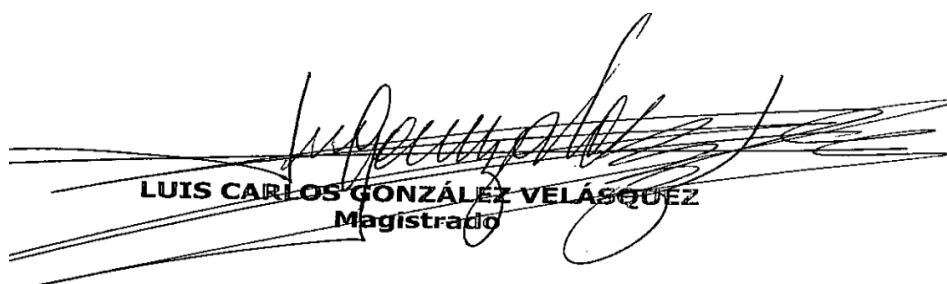
R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la demandante. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 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 GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE MARÍA STELLA HERNÁNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

María Stella Hernández, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones para que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiaria del régimen de transición, a partir del 30 de marzo de 2008; junto con los intereses moratorios, o en subsidio la indexación; lo que resulte probado ultra y extra petita, y el pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 52 y 53 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 30 de marzo de 1953, por lo que cumplió los 55 años de edad los mismos día y mes del 2008; a 1° de abril de 1994 contaba con 41 años de edad; a 30 de marzo de 2008 contaba con 889,22 semanas aportadas exclusivamente al ISS; entre el 30 de marzo de 1988 y el 30 de marzo de 2008 cotizó 518,5 semanas; en la historia laboral emitida por Colpensiones no se reflejan los pagos de los periodos 1998/01 a 1998/06, 1999/09, 1999/11, 2006/02, 2006/04 y 2007/12 a 2008/03; el 24 de febrero de 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante Resolución SUB 90409 del 6 de abril de 2018.

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. 67 a 73); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 98), en la que absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probada la excepción

denominada inexistencia de las obligaciones; condenando en costas a la accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación insistiendo en el reconocimiento de la pensión de vejez, argumentando que Colpensiones omitió realizar acciones de cobro, no sólo de los periodos en mora, sino también de aquellos en que no presenta afiliación al sistema. Agregó que la entidad de seguridad social accionada tenía conocimiento de los extremos de la relación laboral con el empleador Casa de Cambios Unidas S.A., toda vez que en su momento se radicó copia del contrato de trabajo y, pese a esto, no realizó las correspondientes acciones de cobro. Indicó que ese tiempo de servicio debe tenerse en cuenta, así el empleador hubiese omitido la afiliación. Argumentos reiterados en los argumentos presentados en esta instancia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia argumentando que la accionante no acredita los requisitos para acceder a la prestación pensional que reclama, toda vez que no es posible computar tiempos en los cuales no presenta afiliación.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN DE VEJEZ

Comoquiera que la demandante solicita que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, entonces, es

cuestión primordial establecer si se encuentra inmersa en el régimen contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 15 años de servicios; requisito que cumple la demandante toda vez que, para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1° de abril de 1994, contaba con 41 años de edad, pues nació el 30 de marzo de 1953, tal y como se observa en la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 4). Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por haber prestado sus servicios en el sector privado y haber estado afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1974. Tampoco es objeto de reparo que la edad de 55 años a la que refiere el artículo 12 del mentado acuerdo la cumplió el 30 de marzo de 2008.

Ahora, la norma en cita exige como requisito para acceder a la prestación pensional 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que la accionante tan sólo acredita 474,96 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (30 de marzo de 1988 a 30 de marzo de 2008) y 841,96 semanas hasta el 31 de julio de 2010, límite establecido en el Acto legislativo 01 de 2005 para acceder al beneficio del régimen de transición; sin que se hubiesen acreditado las 750 semanas de cotización exigidas por la referida norma para extender dicho beneficio hasta el 31 de diciembre de 2014, ya que para el 29 de julio de 2005 la promotora de la Litis tan sólo contaba con 688,36 semanas, conforme se establece en su historia laboral (fls. 74 a 78); cotizaciones que resultan insuficientes para acceder al derecho pensional pretendido. Empero, ha de recordarse que precisamente uno de los planteamientos de la demanda, que se reitera en la apelación, se encamina a la posibilidad de contabilizar como tiempos de cotización los correspondientes a 1998/01 a 1998/06, 1999/09, 1999/11, 2006/02, 2006/04 y 2007/12 a 2008/03, con el empleador Casa de Cambios Unidas S.A.

En este sentido, observa la Sala que en el reporte de semanas cotizadas expedido el 18 de febrero de 2020 sí se encuentra computado el ciclo 2006/04; empero, aparecen en mora 11 días del ciclo septiembre de 1999 y 23 días de noviembre

de ese mismo año. Asimismo, aparecen como periodos en mora los correspondientes a 2006/02, y 2007/12 a 2008/03; resultando preciso señalar que la novedad de retiro con el empleador Casa de Cambios Unidas S.A. sólo se reportó para el ciclo 2008/05. Los referidos periodos en mora suman en total 26,28 semanas. Al respecto, es criterio de la Sala que las administradoras de pensiones no pueden omitir tales tiempos para la definición del cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho pensional, pues por disposición expresa del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto en los Decretos 1161 de 1994 y 2633 de 1994, dichas entidades están facultadas para realizar el cobro de las mismas en caso de tardanza en el pago por parte de los empleadores, de modo que el derecho del afiliado no puede verse afectado por el incumplimiento de obligaciones que se encuentran en cabeza de terceros; lo anterior con independencia de que los periodos en mora sean o no anteriores a la expedición de la Ley 100 de 1993. Así lo ha expresado en numerosas ocasiones la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, en decisión como la sentencia del 22 de julio de 2008, radicado No 34270, entre otras.

Situación muy diferente ocurre con los ciclos comprendidos entre enero y junio de 1998, ya que para dichos periodos la accionante no presentaba afiliación al sistema. En efecto, la novedad de afiliación se reportó para el ciclo julio de 1998 con el empleador Casa de Cambios Unidas S.A., tal como se corrobora con el formulario de vinculación visible a folio 7 del plenario; por lo que no se puede hablar de mora en el pago de aportes a pensión y no se pueden tener como semanas cotizadas. Y es que, una cosa es cuando el empleador no afilia al trabajador y otra muy distinta cuando tras haberlo afiliado, incurre en mora en el pago de la cotización. Recuérdese que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 es claro al exigir 500 semanas **cotizadas** dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo, mas no por el tiempo de vinculación del trabajador con un empleador. De lo que se colige que la prestación pensional se causa teniendo en cuenta las semanas efectivamente cotizadas, y no los tiempos laborados no reportados a la administradora colombiana de pensiones.

Luego, acertó el fallador de primera instancia al indicar que se hacía preciso acreditar el hecho de la afiliación para que fuera procedente validar los tiempos comprendidos entre enero y junio de 1998 con el empleador Casa de Cambios

Unidas S.A. No puede tampoco endilgársele a la entidad de seguridad social demandada de haberse sustraído de ejercer alguna acción de cobro por cuanto, al no existir afiliación, no había fundamento para ello. Aunado a lo anterior, cumple recordar que el referido empleador no fue traído al proceso como demandado para que pagara los aportes que aquí se reclaman.

No obstante lo anterior, y pese a resultar improcedente computar los periodos de enero a junio de 1998 durante los cuales no presentaba afiliación al sistema; lo cierto es que la actora sí acredita los condicionamientos para acceder a la prestación pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, toda vez que al adicionar las 26,28 semanas en mora a las 474,96 antes referidas, se obtiene un total de 501,24 semanas cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida; imponiéndose revocar la decisión absolutoria de primer grado para, en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez que aquí se reclama.

A efecto de determinar la fecha de reconocimiento de la prestación, se debe tener en cuenta que mediante Resoluciones GNR 363328 del 13 de octubre de 2014, GNR 32781 del 12 de febrero de 2015 y SUB 90409 del 6 de abril 2018 Colpensiones negó el derecho pensional reclamado, aduciendo que la actora no acreditaba el número de semanas requeridas para pensionarse al amparo del régimen de transición, instándola a seguir cotizando para alcanzar los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, o en su defecto solicitar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (fls. 23 a 36); razón por la cual la demandante siguió cotizando, siendo incuestionable que por esos errores de la demandada se tenga que sancionar a la parte actora, cuando en realidad al momento de presentar la reclamación pensional (25 de julio de 2014) ya acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme las previsiones del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues cumplió los 55 años de edad el 30 de marzo de 2008, completando 501,24 semanas de aportes en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, siendo evidente que era su voluntad cesar definitivamente sus cotizaciones al sistema en ese momento; máxime, cuando bien lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sus diferentes sentencias, que los errores de la entidad no tienen por qué afectar el derecho

pensional de sus afiliados, por lo tanto, es a partir del 25 de julio de 2014 que procede el reconocimiento de la pensión de vejez.

De ahí que, atendiendo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 a la actora le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho, su IBL debe calcularse conforme a lo previsto en el artículo 21 ibídem, vale decir, el promedio de los salarios o rentas sobre los que hubiera cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, como lo ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Sentencia con radicado 43336 de 15 de febrero de 2011).

Así, revisada la historia laboral de la promotora de la Litis, su IBL corresponde al salario mínimo; y, en aplicación del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, le correspondería una tasa de remplazo del 75%, dado que solamente se pueden considerar las cotizaciones efectuadas hasta el 25 de julio de 2014. Sin embargo, en atención a lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 100 de 1993, la prestación se reconocerá en una cuantía inicial equivalente al salario mínimo, que para el año 2014 ascendía a \$616.000.00, en 14 mesadas pensionales al año, según lo señalado en el artículo 1° inciso 9° y parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, y considerando que la pensión se causó con anterioridad a 31 de julio de 2011.

Ahora, previo a cuantificar el retroactivo adeudado, se hace preciso estudiar la excepción de prescripción prepuesta por la enjuiciada.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6° del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la

interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, verifica la Sala que en el sub examine el derecho pensional se causó el 30 de marzo de 2008, y la accionante reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez el 25 de julio de 2014 (fl. 23), obteniendo respuesta negativa por parte de la entidad de seguridad social accionada mediante Resolución GNR 363328 del 13 de octubre de 2014 (fls. 23 a 24), decisión contra la cual interpuso en término recurso de reposición, el cual fue resuelto de manera desfavorable a sus pretensiones a través del Acto Administrativo GNR 32781 del 12 de febrero de 2015 (fls. 28 a 29), persistiendo Colpensiones en su negativa de reconocimiento pensional en la Resolución SUB 90409 del 6 de abril de 2018 (fls. 34 a 36), y la demandada se radicó el 15 de mayo de 2019 (acta de reparto, fl. 58); por lo que es claro que se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2016.

CUANTIFICACIÓN DEL RETROACTIVO

Una vez efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, encuentra la Sala que el retroactivo adeudado desde el 15 de mayo de 2016 hasta el 31 de mayo de 2021, asciende a la suma de \$51.698.119,28, como a continuación se detalla:

AÑO	VALOR MESADA	N° MESADA	RETROACTIVO
2016	\$689.455,00	9,5	\$6.549.822,5
2017	\$737.717,00	14	\$10.328.038,00
2018	\$781.242,00	14	\$10.937.388,00
2019	\$828.116,00	14	\$11.593.624,00
2020	\$877.803,00	14	\$12.289.242,24
2021	\$908.526,00	5	\$4.542.630,00

TOTAL	\$ 51.698.119,28
--------------	-------------------------

Para tal efecto, se autorizan los descuentos que por los aportes en salud debe asumir la pensionada con el fin de no alterar el correcto funcionamiento de la seguridad social (CSJ sentencia SL 6472 del 21 de mayo de 2014, reiterada en la SL 6446 del 15 de abril de 2015).

Ahora, un punto que no puede pasarse por alto tiene que ver con el reconocimiento pensional efectuado por Colpensiones mediante la Resolución SUB 150270 del 14 de julio de 2020, en la cual otorgó a la actora la pensión de vejez al amparo de la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas en la Ley 797 de 2003, al encontrar reunidas 1.300 semanas de cotización. Dicha prestación fue concedida a partir del 1° de marzo de 2020, en cuantía equivalente al salario mínimo (C.D. fl. 92). Razón por la cual se autoriza a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional aquí otorgado, las sumas pagadas en virtud del reconocimiento pensional efectuado mediante Acto Administrativo SUB 150270 del 14 de julio de 2020.

INTERESES MORATORIOS

Debe precisar la Sala que ha sido posición reiterada la procedencia de los intereses moratorios cuando la pensión es reconocida con aplicación del régimen de transición y tiene su origen o fuente legal en los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales, con arreglo a lo previsto en el artículo 31 de la ley 100 de 1993, como acontece en el presente asunto; tal como se explicó en sentencia del 15 de mayo de 2008, radicación 33233, al reiterar las sentencias de 24 de febrero de 2005, radicación 23759, reproducida luego en la de 14 de agosto de 2007, radicación 29739.

Ahora, sobre la causación de los intereses moratorios el artículo 141 de la ley 100 de 1993, dispone:

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

La procedencia de intereses moratorios en casos de controversia pensional, es indiscutible por la situación de vulnerabilidad que cobija este sector específico, razón por la cual el ordenamiento jurídico por medio de la propia constitución señala que “El Estado garantiza el derecho al pago oportuno...de las pensiones legales” y a la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP). Por tanto, cuando se reconoce y paga tardíamente la pensión, como en el caso que nos ocupa, dado que la promotora de la acción viene reclamando el reconocimiento y pago de su pensión bajo el régimen de transición y la entidad demandada se ha negado a su reconocimiento, procediendo a ordenarlo a través de este proceso, resulta viable ordenar el pago de los intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas.

Así, como la actora reclamó el reconocimiento de su pensión de vejez el 25 de julio de 2014, según se observa a folio 23 del plenario, es claro que sólo puede hablarse de mora en el pago de las mesadas pensionales a partir del 26 de noviembre de 2014, esto es, vencidos los cuatro meses que tenía la entidad de seguridad social para resolver, conforme lo previsto en el artículo 9º de la ley 797 de 2003. Empero, como en el sub judice operó el fenómeno prescriptivo sobre las acreencias causadas con anterioridad al 15 de mayo de 2016, se condenará al pago de intereses moratorios generados desde esta fecha, sobre el retroactivo pensional adeudado, y hasta que se acredite el pago de la obligación.

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.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer a María Stella Hernández la pensión de vejez, bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiaria del régimen de transición, a partir del 25 de julio de 2014; por lo dicho en la parte motiva.*

Segundo.- *Declarar prescritas las mesada pensionales y los intereses moratorios causados con anterioridad al 15 de mayo de 2016.*

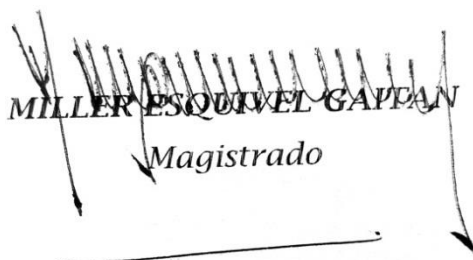
Tercero.- Condenar a Colpensiones a pagar a María Stella Hernández la suma de \$51.698.119,28 correspondiente al retroactivo pensional causado entre el 15 de mayo de 2016 y el 31 de mayo de 2021, y las mesadas que en lo sucesivo se generen; autorizando a la demandada a realizar los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud.

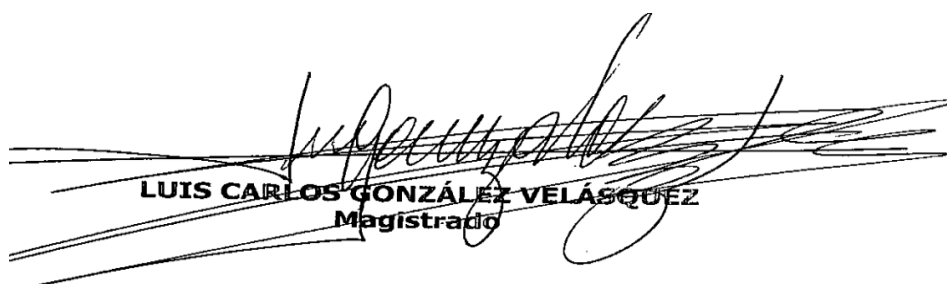
Cuarto.- Autorizar a Colpensiones a descontar del retroactivo pensional aquí otorgado, las sumas ya pagadas en virtud del reconocimiento pensional efectuado mediante Acto Administrativo SUB 150270 del 14 de julio de 2020.

Quinto.- Condenar a la entidad de seguridad social accionada a reconocer y pagar a la actora los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional adeudado, desde el 15 de mayo de 2016 y hasta cuando se acredite el pago de la obligación.

Sexto.- Sin costa en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de Colpensiones.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE CARLOS JULIO MÉNDEZ MONTAÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES*

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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,

P R O V I D E N C I A

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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 1° de marzo de 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Carlos Julio Méndez Montañez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones para que se condene al reconocimiento y pago del retroactivo de su pensión de invalidez, causado desde el 27 de agosto de 2005 hasta el 31 de mayo de 2018; junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas, lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 84 a 87 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 26 de marzo de 1969; mediante dictamen del 19 de abril de 2017 Colpensiones le determinó una pérdida de capacidad laboral del 55,71% y fecha de estructuración 25 de agosto de 2005; no generó incapacidades teniendo en cuenta que está en el régimen subsidiado desde el año 2013; mediante Resoluciones SUB 164170 del 17 de agosto de 2017, SUB 201055 del 21 de septiembre de 2017 y DIR 17094 del 4 de octubre de 2017 Colpensiones le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; a través de sentencia de tutela proferida el 11 de mayo de 2018 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en la que revocó la decisión absolutoria de primer grado, se ordenó a Colpensiones reconocer la pensión de invalidez, desde el momento en que se consolidó el derecho; por medio de Resolución SUB 270878 del 17 de octubre de 2018 Colpensiones, en cumplimiento de la orden de tutela, reconoció la pensión de invalidez a partir del 1° de junio de 2018, alegando que las mesadas causadas con anterioridad a esta fecha se encuentran prescritas.

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. 105 a 110). Aceptó la totalidad de los hechos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, buena fe, y la 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, en la que absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. Declaró probada la excepción de prescripción; condenando en costas a la accionante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante interpone recurso de apelación argumentando que en el presente asunto no se discute la condición de pensionado por invalidez que ostenta en virtud de una sentencia de tutela, en la que se ordenó a Colpensiones reconocer la prestación de manera definitiva a partir del momento en que se consolidó el derecho, esto es, desde la fecha de estructuración de la invalidez acaecida el 27 de agosto de 2005; por lo que es desde esa data que se debe pagar el retroactivo. Agregó que no se configuró el medio exceptivo de prescripción, dado que el término inició a contar desde el momento en que se emitió el dictamen de calificación y no desde la fecha de estructuración de la invalidez. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia solicitando que se confirme la decisión absolutoria de primera grado.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por el actor al momento de sustentar su recurso de apelación.

RETROACTIVO - PENSIÓN DE INVALIDEZ

No existe duda para la Sala que, mediante dictamen proferido el 19 de abril de 2017 por el área de medicina laboral de Colpensiones, se calificó a Carlos Julio

Méndez Montañez con una pérdida de capacidad laboral del 55,71%, con fecha de estructuración el 27 de agosto de 2005, cuyo diagnóstico es “S320 FRACTURA DE VÉRTEBRA LUMBAR” y “S341 OTRO TRAUMATISMO DE LA MÉDULA ESPINAL LUMBAR” (expediente administrativo).

De igual manera, está probado que mediante Resoluciones SUB 164170 del 17 de agosto de 2017, SUB 201055 del 21 de septiembre de 2017 y DIR 17094 del 4 de octubre de 2017 Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del promotor de la Litis, con el argumento de no acreditar 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la expedición del dictamen de calificación, ni a la fecha de estructuración del estado de invalidez, tampoco completa 26 semanas cotizadas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, ya que la última cotización realizada fue para el ciclo octubre de 1994.

Asimismo, se encuentra acreditado que mediante sentencia de tutela proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 11 de mayo de 2018, en la cual revocó la decisión absolutoria de primer grado, se ordenó a Colpensiones reconocer y pagar la pensión de invalidez al accionante, “incluyendo las mesadas dejadas de percibir desde que se consolidó el derecho”. Reconocimiento pensional que se efectuó bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto de ese mismo año, en aplicación del principio de condición más beneficiosa.

En cumplimiento de la orden de tutela, Colpensiones expidió el Acto Administrativo SUB 270878 del 17 de octubre de 2018, por medio del cual reconoció al accionante la pensión de invalidez a partir del 10 de mayo de 2014, y no en la data señalada en el escrito de demanda, al considerar que las mesadas causadas con anterioridad a dicha fecha se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, y precisando que “el derecho se consolidó solo hasta que se profirió el fallo de tutela proferido por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVL, pues [...] el señor MENDEZ MONTALEZ CARLOS JULIO, no tiene derecho a la pensión de invalidez”.

Así, la inconformidad del accionante se centra en que la prestación por invalidez debió otorgarse a partir del 27 de agosto de 2005, fecha de estructuración de su estado de invalidez, y no en la reconocida por Colpensiones.

Frente a esto, encuentra la Sala que le asiste razón a Colpensiones en las explicaciones expuestas en la Resolución SUB 270878 del 17 de octubre de 2018, toda vez que Méndez Montañez ni siquiera reunía los requisitos para acceder a la pensión de invalidez que le fue otorgada mediante el fallo de tutela.

En efecto, la jurisprudencia laboral ha enseñado que las normas jurídicas que regulan el derecho a la pensión de invalidez son las que estén vigentes al momento en que se estructure dicho estado, lo que de suyo implica que el presente asunto debió ser analizado bajo los parámetros del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, modificadorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, el referido artículo 1° de la Ley 860 de 2003 preceptúa como presupuestos que el afiliado acredite haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración, situación que no demuestra el actor, pues desde el 27 de agosto de 2002 hasta el mismo día y mes de año 2005 no cotizó ninguna semana, conforme se observa en su historia laboral, lo que en principio no daría lugar a reconocer el derecho pretendido. No obstante, con el fin de minimizar la rigurosidad propia del principio de aplicación general e inmediata de la ley y proteger a un grupo poblacional que goza de una situación jurídica concreta, cual es la satisfacción de las semanas mínimas que exigía la reglamentación derogada para acceder a la prestación que cubría la contingencia, la jurisprudencia nacional ha optado por acudir al principio de la condición más beneficiosa, que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador que la nueva norma que ha de aplicarse. Así que si no se cumple con los requisitos vigentes al momento de la estructuración del estado de invalidez (Ley 806 de 2003), se debe atender lo previsto en la norma derogada, siempre que se haya consolidado el derecho, que para el presente caso lo es la Ley 100 de 1993, texto original, por ser ésta la norma inmediatamente anterior, como lo advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que “dicho principio no se constituye en una patente de corso que habilite a quien no cumple los requisitos de la normatividad que le es aplicable, a efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a su situación, pues, esto desconoce el principio según el cual las leyes sociales son de aplicación inmediata y en principio rigen hacia

el futuro.”¹; posición recientemente reiterada en la sentencia SL1938 del 10 de junio de 2020, con radicado N° 70924.

Así, el texto primigenio de la Ley 100 de 1993 exigía haber cotizado 26 semanas en el año anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez, y esto por cuanto el accionante no era un cotizante activo al sistema, pues su último aporte lo realizó para el ciclo 1994-10; sin que hubiese acreditado ese número mínimo de semanas de cotización en el año anterior a la fecha de estructuración de su invalidez.

Por lo anteriormente expuesto, se colige que el accionante no cumplía con las exigencias de la normatividad antes citada para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez; y su derecho sólo surgió como consecuencia de la decisión de tutela proferida por la Sala Civil de este Tribunal el 11 de mayo de 2018, sin que le asista a Colpensiones obligación alguna en el pago de mesadas pensionales causadas con anterioridad a esta fecha.

Acorde con lo anterior, resulta inapropiado hablar de prescripción del derecho, cuando éste no existe, atendiendo a que la naturaleza de las excepciones de mérito en general, es dejar sin efecto el derecho pretendido, total o parcialmente. Imponiéndose la revocatoria del ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada y la confirmación en lo demás.

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

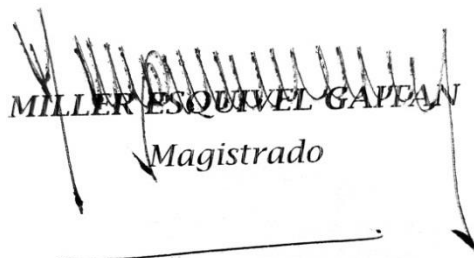
Primero.- Revocar el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada.

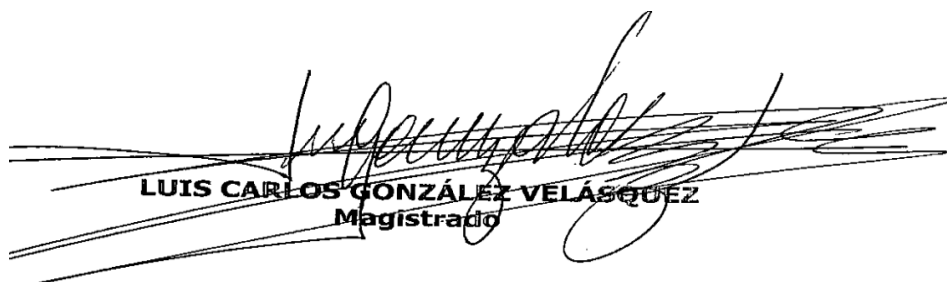
Segundo.- Confirmar en lo demás le decisión de primer grado.

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

Tercero.- Costas en esta instancia a cargo del demandante. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$200.000.00 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 GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE TERESA DEL PILAR IBARRA FAJARDO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTIAS*

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 11 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Teresa del Pilar Ibarra Fajardo, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones y a Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos, junto con los rendimientos generados; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 42 y 43 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 13 de julio de 1962; inicialmente se vinculó al ISS, donde aportó un total de 424 semanas; el 20 de julio de 1999 se trasladó a Colfondos S.A.; el asesor de la época le informó que en el RAIS su mesada pensional sería mayor, además de ser heredable a hijos y padres, y que el ISS se iba a liquidar por lo que podría perder los tiempos allí cotizados; el promotor de Colfondos S.A. no la asesoró sobre la forma en que se accede a una pensión en el RAIS, tampoco le realizó una proyección pensional; solicitó el traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta negativa; en toda su vida laboral ha cotizado 1.323 semanas;

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. 71 a 78); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda. No aceptó ninguno de los hechos formulados. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia

referida al inicio de este fallo, en la que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte accionante interpone recurso de apelación argumentando que no se probó que Colfondos S.A. le hubiese suministrado una asesoría adecuada y suficiente al momento del traslado de régimen. Dijo que para esa época ya se encontraba regulado el deber de información en cabeza de las AFP; y que en el presente asunto se configuran los supuestos que dan lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado. Agregó que la decisión de primer grado contradice la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ya que son los fondos privados quienes tienen la carga de demostrar el cumplimiento del deber de información, y en el presente asunto solamente se aportó el formulario de afiliación, el cual no es prueba suficiente.

Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por la demandante al momento de sustentar su recurso de apelación.

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 a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no se le asesoró sobre la forma en que se accede a una pensión en el RAIS, tampoco se le realizó una proyección pensional”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto

656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distingos de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Colfondos S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 20 de julio de 1999. 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.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó que en el año 1999 trabajaba en la empresa Conalminercol, y hasta allí llegó un asesor de Colfondos S.A. quien, en una charla que no duró más de 10 minutos, le dijo que el ISS se iba a acabar por lo que perdería el dinero que tenía ahorrado; también le indicó que en esa AFP se podría pensionar con una mejor mesada, le ofreció un préstamo para vivienda, y le aseguró que cuando se pensionara ese dinero lo podría heredar su hijo y su padre.

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

actora, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación de la demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folios 32 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 folios 32 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 defensa 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, porque 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). En similares términos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado ha indicado que “En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una***

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

circunstancia que 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 de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con sus respectivos rendimientos, junto con los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración y las sumas destinadas al seguro previsional; pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante. 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 promotora de la Lits, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por el a quo relativas a que la ignorancia de la ley no es excusa, que se trató de un error de derecho y que la actora no cumplió su deber como consumidora financiera, ya que como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional implica para Colpensiones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que deba recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada; debiendo asimismo mantener la afiliación de la accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, actualizando su historia laboral.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión absolutoria de primera instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por Teresa del Pilar Ibarra Fajardo con destino a la AFP Colfondos S.A., el 20 de julio de 1999, ordenando a esta última a trasladar los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a Colpensiones, entidad que deberá recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y actualizar su historia laboral.

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

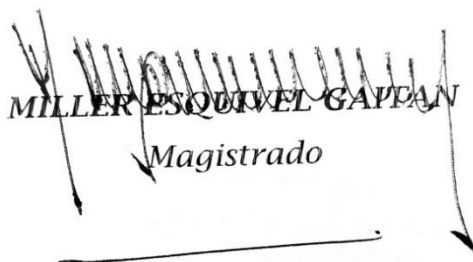
Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por Teresa del Pilar Ibarra Fajardo con destino a la AFP Colfondos S.A., el 20 de julio de 1999. En consecuencia, se deberá mantener la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.*

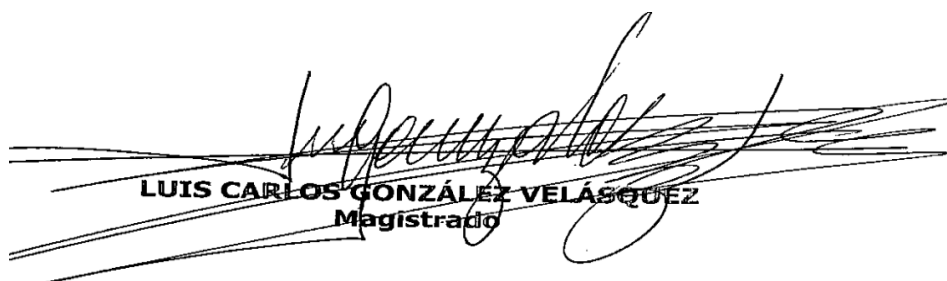
Segundo.- Ordenar a la AFP Colfondos S.A. el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional y gastos de administración, con destino a Colpensiones, entidad que deberá recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional y actualizar su historia laboral.

Tercero.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Cuarto.- Sin costas en esta instancia. Las de primer grado estarán a cargo de las accionadas.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE ANDRÉS MAURICIO DÍAZ QUINTERO CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*

*En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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,

P R O V I D E N C I A

*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,

S E N T E N C I A

*Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada
Porvenir S.A. contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el
Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la
referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a
Colpensiones.*

ANTECEDENTES

DEMANDA

Andrés Mauricio Díaz Quintero, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A., para que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación sin solución de continuidad. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 26 y 27 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 20 de septiembre de 1961; cotizó al ISS un total de 623,43 semanas; el 1° de mayo de 2001 se trasladó a Porvenir S.A.; la decisión de cambiarse de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP accionada, quien omitió informarle respecto de las ventajas y desventajas de dicho traslado; ha cotizado en el RAIS un total de 873 semanas desde el 1° de mayo de 2001 hasta el 31 de mayo de 2019; en toda su vida laboral acredita 1.542 semanas de aportes; el 3 de septiembre de 2019 solicitó ante Porvenir S.A. su traslado hacia Colpensiones; el 31 de agosto de 2019 petitionó ante Colpensiones su traslado desde Porvenir S.A.

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. 58 a 65); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda (fls. 70 a 85). No aceptó ninguno de los hechos planteados. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo, en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor, con destino a Porvenir S.A., efectivo a partir del 1° de mayo de 2001. Declaró al demandante válidamente vinculado al RPMPD. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del accionante, junto con los rendimientos causados y los costos cobrados por concepto de gastos de administración; estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la AFP, debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones a que, una vez ingresen dichos valores, actualice la información contenida en la historia laboral del accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Porvenir S.A. interpone recurso de apelación argumentando que cumplió con el deber de información en los términos vigentes al momento del traslado; tal como se corrobora con el formulario de afiliación y con la aceptado por el demandante al absolver interrogatorio de parte. Dijo que la motivación del presente proceso radica en la inconformidad del accionante frente al monto de una eventual pensión en el RAIS. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual del accionante, generando importantes rendimientos financieros; y en lo referente a las primas del seguro previsional, ya fueron pagadas a la aseguradora, lo que generó una cobertura durante la vigencia de la póliza; por lo que, en caso de devolver estas sumas, se

configuraría un enriquecimiento sin causa en cabeza de Colpensiones. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones también presentó alegatos en esta instancia argumentando que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

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

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por Porvenir S.A. al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así que, en situaciones como las aquí controvertidas, es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, al ser 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 “la decisión de cambiarse de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP accionada, quien omitió informarle respecto de las ventajas y desventajas de dicho traslado”, 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 Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 13 de marzo de 2001. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, el demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en el año 2001 trabajaba como Docente en la Fundación Universitaria Panamericana, y hasta su sitio de trabajo llegó un asesor de Porvenir S.A. quien, en una charla grupal que no duró más de 10 minutos, les dijo que ISS se iba a acabar y, por tal razón, corrían el riesgo de perder sus ahorros y no poder pensionarse nunca. El promotor de la AFP accionada también les dijo que en el RAIS se podrían pensionar más jóvenes y con una mesada más alta.

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

riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 86 del expediente y la ausencia de tachas o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátase 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 86 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como defensa 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, porque 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; 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 el demandante, por lo que no es de recibo la tesis de la AFP accionada 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

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.

aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por la AFP accionada, 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, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

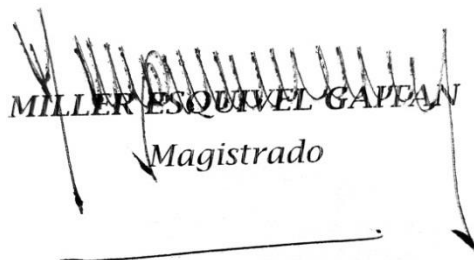
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

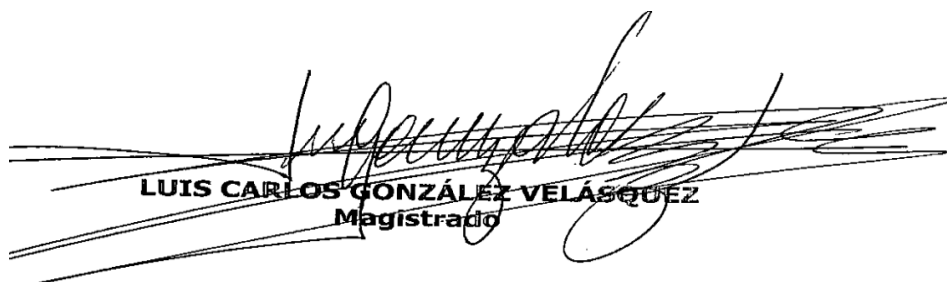
R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

*AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO
LABORAL DE LUZ PATRICIA DÍAZ PARRA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.*

En Bogotá, D.C., a los quince (15) días de junio 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,

P R O V I D E N C I A

Se reconoce personería a la abogada Viviana Moreno Alvarado, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y tarjeta profesional No. 269.607 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve 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

DEMANDA

Luz Patricia Díaz Parra, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Protección S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes recibidos, junto con los rendimientos e intereses causados. Asimismo, se condene a las accionadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 13 de junio de 1966; estuvo afiliada a la Caja de Previsión Social Municipal de Fusagasugá (Cundinamarca) desde el 15 de marzo de 1989 hasta el 30 de diciembre de 1994; estuvo afiliada al ISS desde el 15 de marzo de 1995 hasta el 6 de julio de 1997; el 1° de febrero 2002 fue trasladada al RAIS, por intermedio de Protección S.A.; la AFP accionada no le brindó información sobre los beneficios e inconvenientes del traslado; tampoco le realizó una proyección pensional; el 7 de noviembre de 2019 solicitó ante Colpensiones su afiliación al RPMPD, obteniendo respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su vinculación al ISS, así como 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 descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A. contestó oponiéndose a todos los pedimentos de la demanda; frente a los hechos admitió las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS; 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, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme 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, en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora, con destino a Protección S.A., el 1° de febrero del año 2002. Declaró que la demandante nunca se separó del RPMPD. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todas las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la accionante, junto con los rendimientos y comisiones por administración (éstas debidamente indexadas), sin descontar suma alguna por seguros de pensión mínima, de invalidez o de sobrevivientes. Ordenó a Colpensiones recibir dichos dineros y activar la afiliación de la actora, sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada. Informó a Colpensiones que puede iniciar las acciones judiciales para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de Protección S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Protección S.A. argumentó que no es posible devolver los gastos de administración, ya que estos encuentran respaldo en la ley y se causaron por la buena administración de los recursos contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, generando importantes rendimientos financieros; y en lo referente a las primas del seguro previsional, ya fueron pagadas a la aseguradora, lo que generó una cobertura durante la vigencia de la póliza. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

Colpensiones afirmó que la AFP accionada cumplió con su deber de información bajo los lineamientos vigentes para la época, lo que se corrobora con el formulario de afiliación, al cual se le debe dar pleno valor probatorio. Agregó que la accionante ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al estar afiliada a ese régimen durante muchos años; además, ella es una profesional en derecho, por lo que tiene conocimiento de temas pensionales y contractuales, aunado a que el desconocimiento de la ley no es excusa, y menos tratándose de una abogada. Indicó que la promotora de la Litis se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; y que en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, se afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, generándose una descapitalización. Argumentos reiterados en los alegatos presentados en esta instancia.

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

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

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto al ser un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 54 años de edad, acorde con la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 16 del expediente; sin embargo, la Corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia del traslado realizado el 1° de febrero de 2002, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento de Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Colpensiones interpone recurso de apelación afirmando que no se configuran los supuestos que dan lugar a la declaratoria de ineficacia deprecada por la actora, dado que la AFP accionada cumplió con su deber de información; 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, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. Por lo que la alzada se restringe en determinar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, incluyendo lo relativo a la supuesta descapitalización del régimen derivado de la declaratoria de ineficacia; así como lo que correspondiente a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro previsional, punto que fue apelado por Protección 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

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.

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

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; de igual manera, 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 la tesis de la AFP accionada 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, 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 las sumas trasladadas por las Protección 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, por ello 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.*

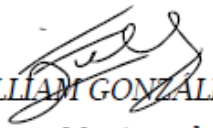
Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyanse en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ARTURO MOLINA SUÁREZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LAS AFP PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A.

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

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

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

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

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

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

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

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

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

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

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

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

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (cd fl 178) través de la cual absolvió a

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

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación, indicando que es equivocada la conclusión del fallador de primer grado al establecer que no existía ningún vicio del consentimiento al haberse suscrito un formulario de afiliación, ya que la solicitud de nulidad se centra en el deber de información no solo por acción, sino por omisión, lo que conlleva a la ineficacia de la afiliación, tal como lo ha señalado en varios pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia, pues el engaño no solo se produce en lo que se afirma si no en los silencios del profesional que tiene el deber de proporcionar toda la información relevante para la toma de la decisión de la afiliación induciéndola a un error ya que lo indicado no correspondía con la realidad. Además la carga de la prueba está a cargo de la entidad demandada, y no se evidenció que la información suministrada a la actora fuera clara, experta y precisa de las ventajas y desventajas del traslado de un régimen a otro, aunado que al hacer el cálculo sobre la proyección de pensión que podría obtener, es evidente que le resulta más favorable la que se reconoce el RPM como en indicó en los fundamentos fácticos de la demanda, y el grado de escolaridad que pudiera tener la demandante, no es relevante frene a la falta de información que debía brindar la AFP, por lo que solicita se revoque la decisión apelada y se conceda las pretensiones formuladas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

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

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "los asesores de Colfondos S.A. no advirtieron de las ventajas o desventajas de su traslado, se omitió dar información oportuna, completa y suficiente sobre el valor proyectado de la mesada pensional a la que podría tener derecho, mucho menos sobre el capital que debía acumular para obtener su derecho pensión (...)", son hechos indefinidos negativos que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que " las afirmaciones o negaciones indefinidas

no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el

deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.”

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

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

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Colfondos S.A., al tiempo de acoger como afiliado al

actor, le hubiese suministrado información veraz, clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, por el contrario como lo reconoce su mismo representante legal en el interrogatorio de parte, la única prueba de ello es el formulario de afiliación, situación que constituye omisión de su deber de información, en los términos señalados en la jurisprudencia antes citada, por el contrario, se concluye que en su empeño de atraer afiliados, los asesores o promotores de la AFP que logró la vinculación del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Aunado que la misma AFP mediante escrito visto a folio 118 del plenario en el que se allanó a las pretensiones de la demanda, conforme al art. 98 del CGP, aplicable por remisión del art. 145 del CPT y SS

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del promotor de la solicitud de vinculación visible a folio 26 del expediente digital y la ausencia de tachas o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección del régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a la AFP Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Además, como se ha visto en múltiples casos conocidos por esta sala de decisión se trata de proformas, que incuestionable el afiliado debe acceder y de dicha constancia nada se infiere respecto al deber de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 26 del expediente digital, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó al actor de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad

legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, pues, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse conforme a las reglas establecidas para el régimen pensional por el que optó en aras de construir su derecho, el cual debe ser, obviamente, en mejores condiciones. Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el

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

efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC).

Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.

Tampoco son de recibo los argumentos expuestos por el a quo según los cuales lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, o que la ignorancia de la ley no es excusa, ya que, como se indicó en la jurisprudencia antes citada, la labor desarrollada por las Administradoras de Fondos de Pensiones concierne a los intereses públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 superior, en concordancia con la protección especial que la constitución da al trabajo, que es de donde los pensionados derivan su derecho (art. 25 CP), por lo que las obligaciones de las AFP se miden con un rasero diferente al de las contraídas entre particulares y, por tanto, con mayor rigurosidad en tanto al deber de información que se le debe suministrar al afiliado; como bien lo indicara el demandante al momento de sustentar su recurso. Sin dejar de lado que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad social, y otros, los del derecho común, sin que éstos puedan regular los primeros.

Entonces, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al accionante en el momento de su traslado, se dispondrá revocar la decisión de instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Carlos Arturo Molina Suarez con destino a la AFP Colfondos S.A., el 18 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo del

mismo año; así como el traslado entre fondos a la AFP Santander hoy Protección S.A. efectuado el 31 de enero de 2003, con efectividad al 1° de marzo del mismo año (fl 142); ordenando a la AFP Protección S.A. último fondo que está vinculada el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, y gastos de administración a Colpensiones, entidad que deberá mantener la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales sumas.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

R E S U E L V E

Primero.- *Revocar la sentencia apelada para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Carlos Arturo Molina Suárez con destino a la AFP Colfondos S.A., el 18 de abril de 1994 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, así como el traslado entre fondos a la AFP Santander hoy Protección S.A. efectuado el 31 de enero de 2003, con efectividad al 1° de marzo del mismo año. De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.*

Segundo.- *Ordenar a la AFP Old Mutual S.A., el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual del accionante con sus respectivos*

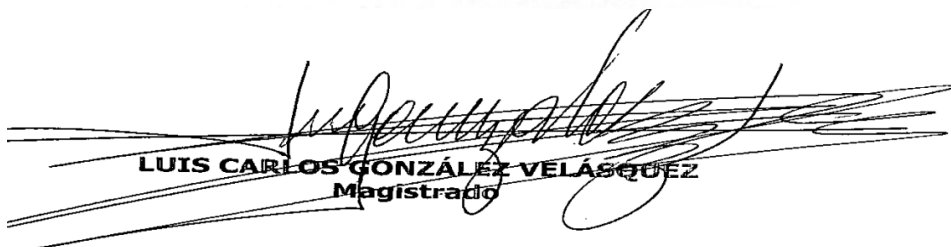
rendimientos, así como lo descontado por concepto de seguro previsional, gastos de administración a Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

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

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ANA DEICY FORERO NÚÑEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días de septiembre de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Yesenia Tabares Correa identificada con la C.C. No 1.'37.608.320 y T. P. No. 242.706 del CSJ como apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A., en los términos del poder general conferido (fls 172 a 180)

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal de los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la sentencia proferida el 23 de julio de 2020, por el Juzgado Diecisiete 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

Ana Deicy Forero Núñez, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS, dada la omisión de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. en su deber de información y que se encuentre válidamente afiliada al RPMPD. En consecuencia, condene a la citada AFP demandada a trasladar a Colpensiones todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos, bonos o títulos pensionales si los hubiere y a ésta última a activar su afiliación en el RPMPD como si nunca se hubiese trasladado, recibir los dineros que le sean transferidos e incluirlos en su historia laboral. Así mismo pide que se condene a lo ultra y extra petita, y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 1 a 4 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que: nació el 13 de diciembre de 1960; que durante su vida laboral realizó su primera cotización a la Caja de Previsión Social Municipal de Santa Isabel-Tolima, igualmente realizó cotizaciones al Fonpep entre el 23 de febrero y el 22 de agosto de 1994; y se afilió y cotizó al ISS entre 19 de abril de 1989 y el 25 de abril de 2003, ya que en esta data se trasladó a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. contando con 42 años de edad. Señala que a su lugar de trabajo llegaron unos asesores de la citada AFP y le indicaron que su mejor opción era la de trasladarse al RAIS debido a que el ISS y Cajanal se iban a liquidar y ello pondría en siego sus aportes, asegurando que obtendría una pensión muy superior en el Fondo a la que podría ofrecer el ISS; que el asesor comercial no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna pertinente y objetiva para prever las consecuencias de su traslado, así como de las características del régimen, ni se le hizo proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consciente; no se le indicó la posibilidad de retracto, ni mucho menos la de retornar al régimen ante

cuando le faltaren más de diez años para pensionarse; en junio de 2018 se le hizo por parte de la AFP la simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado arrojando una mesada pensional de \$781.242, mientras que al realizar el cálculo bajo el RPMPD, teniendo en cuenta el número de semanas y el promedio de los últimos 10 años, asciende a \$ 2.857.165, por lo es ostensiblemente más superior en este régimen. Finalmente indica que el 6 de agosto solicito a la AFP anular su traslado y ante Colpensiones el 2 de agosto del mismo año presentó reclamación administrativa en el mismo sentido, 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. 192 a 201 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con las fechas de nacimiento de la actora, de la afiliación y cotizaciones realizadas al ISS, así como su traslado al RAIS y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: error en un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.*

A su turno, Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado a folios 97 a 115 del expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra frente a los hechos admitió las fechas de nacimiento, del traslado de régimen pensional indicando que su efectividad fue a partir del 1º de junio del mismo año, así como la simulación efectuada sobre el derecho pensional que le podía corresponder a la promotora y la reclamación de nulidad del traslado; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (audio 2 anexo al expediente digitalizado y acta fl. 267 a 270) en la que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS administrado por la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., consecuentemente no produjo efectos jurídicos y la señora Forero Núñez se encuentra válidamente afiliada al RPMPD. Ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la señora Botero Ramírez, tales como cotizaciones, sumas de aseguradora, bonos pensionales, intereses y rendimientos, sin que se autorice descuento alguno a título de gastos de administración; a Colpensiones a recibir los valores trasladados y convalidarlos en su historia laboral para efectos pensionales y condenó a las demandadas por las costas del proceso.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación: Porvenir S.A. manifiesta que la situación de la demandante no

encaja dentro del precedente jurisprudencial debido a que no es beneficiaria del régimen de transición, aunado que la accionante tomó la decisión de cambiarse de régimen pensional de manera libre, espontánea y sin presiones; y que su afiliación cumplió todos los requisitos legales vigentes para la época. Añadió que la actora ha estado afiliada al RAIS por más de 20 años, ratificando de esta manera su voluntad de estar en ese régimen; y que en el presente asunto no podía operar la carga dinámica de la prueba, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante.

Por su parte, Colpensiones argumenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que la demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontánea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a la demandante obtener la información requerida al momento de realizar su traslado de régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

que los que pudiera recibir en el RPMPD, por lo que no se debe la restitución de esto y los gastos de administración.

Por su parte la promotora, presento alegatos indicando que de las pruebas practicadas la AFP Porvenir S.A. no logró demostrar que cumplió con el deber de información y asesoría como le correspondía y el formulario de afiliación por sí solo no puede considerarse como prueba suficiente frente al elemento de consentimiento informado, necesario para la validez de la afiliación y traslado de régimen pensional, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones en su recurso, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPMPD conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 59 años de edad, conforme se establece con la fotocopia de la cédula de ciudadanía (fls. 14); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado el 25 de abril de 2003 con efectividad desde el 1° de junio del mismo año, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no es de recibo este argumento expuesto por Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “el asesor comercial no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna pertinente y objetiva para prever las consecuencias de su traslado, así como de las características del régimen, ni se le hizo proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consciente; no se le indicó la posibilidad de retracto, ni mucho menos la de retornar al régimen ante cuando le faltaren más de diez años para pensionarse”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las

negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

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

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que a cuando dictaba clases en la Universidad Cooperativa estando en la Secretaría Académica llegó un asesor de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., los reunió en compañía de varias personas, y les dijo que el ISS de encontraba en crisis y lo iban a liquidar por lo que les convenía pasarse al fondo privado ya que, de no hacerlo, perderían todo lo aportado u y no se podían pensionar, mientras que el Fondo era muy sólido y el que mejor rentabilidad podía ofrecer; que la información fue de manera grupal y no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro individual y posteriormente no tuvo ninguna información por parte de Horizonte S.A.; finalmente indica que hubo engaño al momento de la afiliación porque le dijeron que su pensión iba a ser superior a la que pudiera obtener en el RPMPD y a más temprana edad, lo cual no es cierto, pues por el contrario le indicaron que solo podría pensionarse a los 60 años y con el equivalente al SMLMV, tampoco se le informó sobre la posibilidad de regresar al seguro social.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 24, replicado a fl 116 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 Horizonte hoy Porvenir S.A, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 24 y 116 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en

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.

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

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Las partes quedan notificadas en estrados.


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS ALFREDO MANCILLA MEJÍA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los veintidós (22) días de septiembre de dos mil veinte (2020), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala.

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Olga Bibiana Hernández Téllez quien se identifica con la C.C. No 52.532.969 y T. P. No. 228.020 del CSJ como apoderada judicial la AFP Protección, en la forma y para los efectos del poder general conferido; y a la Dra. Yesenia Tabares Correa identificada con la C.C. No 1.'37.608.320 y T. P. No. 242.706 del CSJ como apoderada judicial de la AFP Porvenir S.A., en los términos del poder general conferido (fls 172 a 180)

Notifíquese

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida el 28 de julio de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

ANTECEDENTES

Carlos Alfredo Mancilla Mejía, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., así como la nulidad de traslado entre fondos y se y se disponga su regreso automático al RPMPD. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, cotizaciones realizadas a riesgo previsional, junto con los rendimientos, frutos e intereses que se hubieren causado; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación en el régimen de prima media. Asimismo, se condene a lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 5, en los que en síntesis se indica que: nació el 22 de febrero de 1958; se afilió al ISS el 13 de septiembre de 1984 y cotizó hasta el 31 de mayo de 1994; ya que desde el día siguiente se trasladó se trasladó al RAIS por intermedio de la AFP Porvenir S.A. previa suscripción de formulario de afiliación realizada el 6 de abril de 1994; sin embargo no se dio información suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios o inconvenientes de continuar el RPMPD; no se le indicó las condiciones para pensionarse en cada régimen, ni ilustración clara y comprensible sobre las condiciones del derecho pensional, como tampoco de las ventajas o desventajas que podría generar su traslado, ni sobre el derecho de retracto y por el contrario le

infundieron miedo de no poder pensionarse en el régimen que venía vinculado; acredita más de 1.602,86 semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensión; que en enero de 2002 se movilizó a la AFP Colfondos S.A. donde tampoco se le brindó la información detallada de las consecuencias de su traslado, información alguna sobre capital necesario que requería para poder pensionarse y se le hizo ofrecimiento de mejores condiciones para trasladarse entre fondos, Finalmente indica que presentó reclamaciones ante las demandadas.

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. 114 a 129 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del promotor y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos y no le constan. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de constas en instituciones administradora de seguridad del orden público y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 188 a 205 del expediente digitalizado); frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento del demandante y la reclamación allí presentada indicando que fue respondida en forma negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan aclarando que la afiliación a esa AFP se realizó el 6 de abril de 1994 y se hizo efectiva a partir del 1º de mayo del mismo año. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica.

Igualmente, Colfondos S.A. al contestar se opuso a los pedimentos de la demanda (fls. 163 a 171 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos

aceptó la fecha de nacimiento del accionante, la afiliación al ISS su traslado al RAIS y la reclamación presentada a esa entidad; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones perentorias las de validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, buena fe, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, y la innominada o genérica.

Por auto del 5 de octubre de 2018 (fl. 225), el Juzgado de conocimiento ordenó la vinculación del contradictorio como pasiva a la AFP Protección S.A. quien notificada dio respuesta en legal forma y oportuna oponiéndose a los pedimentos formulados (fls. 240 a 256 del expediente digitalizado); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (audio y acta anexos el expediente digitalizado fl. 421 y 422) en la que declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Carlos Alfredo Mansilla Mejía con la AFP Porvenir S.A. el 06 de abril de 1994 contenida en formulario No. 003274 y consecuentemente la afiliación del demandante a la AFP Protección S.A. de fecha 01 de febrero de 1995 contenida en formulario 0283650 y en Colfondos S.A. de fecha 22 de noviembre de 2001 contenida en formulario No. 7883881. En consecuencia ordenó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular demandante que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD, incluyendo los gastos de

administración que se hubiesen descontado tanto esta como las demás AFP demandadas los cuales deben ser reintegrados a Colpensiones; y a ésta a recibirlo sin solución de continuidad como afiliado en el RPMPD, desde su afiliación inicial al ISS, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandadas y condenó en costas alas AFP

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la demandada Colpensiones interpone recurso de apelación argumentando que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido 20 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen y que Colpensiones no participó en el trámite de traslado, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

La AFP Porvenir S.A. fundamenta su inconformidad frente a la decisión del a quo en que al momento del traslado, al demandante se le ofreció la información que en la época se requería y que no resulta viable la orden de la devolución los gastos de administración, ya que no es la última entidad a la cual estuvo afiliada la demandante y estos se generaron por la buena gestione en el manejo de la cuenta de ahorro individual de esta, la cual incluso produjo rendimientos financieros.

Finalmente, la AFP Colfondos S.A, reprocha la condena a que los gastos de administración nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que ésta tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues alega que conforme al Decreto 2555 de 2010, éstos tienen una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada,

motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.

Por su parte, Protección S.A. apeló la decisión de primer grado únicamente frente a la devolución de los gastos de administración, por cuanto la actora actualmente se encuentra afiliada a Colfondos S.A., además, estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Protección presentó alegaciones en esta instancia, indicando que todas las actuaciones de esa AFP han estado precedidas de buena fe y legalidad y todos sus afiliados lo han hecho de manera libre y voluntaria y sus formularios de afiliación cumplen con los preceptos legales establecidos en el Decreto 692 de 1994; que el demandante tuvo diferentes oportunidades para retornar al RPMPD y no lo hizo y no procede la devolución de los gastos de administración, por cuanto el actor actualmente se encuentra afiliada a Colfondos S.A., además, estos gastos fueron cobrados en atención a la labor realizada con fundamento en lo estipulado en la Ley 100 de 1993.

De igual manera la AFP Porvenir presentó alegaciones en esta instancia, insistiendo que la información suministrada a los afiliados del RAIS, se encuentra acorde con las disposiciones legales, y no son caprichosas y la teoría de la inversión de la carga de la prueba en esta clase de proceso, para aplicar a situaciones ocurridas hace casi 20 años atrás, no resulta un análisis ponderado, ya que en principio incumbe al demandante demostrar el actuar indebido de Porvenir S.A. o de sus funcionarios, por lo que se debe confirmar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “no se dio información suficiente, dando a conocer las diferentes alternativas con sus beneficios o inconvenientes de continuar el RPMPD; no se le indicó las condiciones para pensionarse en cada régimen, ni ilustración clara y comprensible sobre las condiciones del derecho pensional, como tampoco de las ventajas o desventajas que podría generar su traslado, ni sobre el derecho de retracto”, son hechos indefinidos negativos que invierten la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un

evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer

las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica."

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

Pues bien, la representante legal de la AFP Porvenir S.A. al absolver interrogatorio de parte señala que el único documento registrado en el momento de la afiliación del demandante corresponde al formulario de afiliación y que los asesores que brindaban la información estaban debidamente capacitados, pero no cuenta con ningún documento que acredite sus manifestaciones.

Por su parte el demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que cuan trabajaba en la facultad de Administración de la Universidad de los Andes, llegó un señor que dijo ser asesor de la AFP Porvenir S.A. y les presentó unos documentos, pidiendo suscribirlos indicando que iban por autorización de la oficina de talento humano, además se les manifestó que lo que más les convenía era trasladarse ya que el ISS se podría liquidar y sus aportes se perderían y ellos se encargarían de todas las gestiones pertinentes pero no se le brindó información sobre el régimen pensional de ahorro individual, ni sobre su pensión y posteriormente no tuvo ninguna información por parte de Provenir S.A., no se le indicó sobre la posibilidad de retracto, ni mucho menos de la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltara menos de 190 años para pensionarse, se le hizo una simulación sobre su

pensión y se pudo dar cuenta que la pensión en la AFP es muy inferior a la que pueda obtener en Colpensiones.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 123 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 Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 123, se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya

manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

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

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.

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

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

Las partes quedan notificadas en estrados.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado