

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 DAVID EDUARDO ALBA PÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo 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 declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia del 24 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Veintitrés 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

David Eduardo Alba Páez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección S.A., para que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS,

administrado por la AFP Protección S.A., ante la inobservancia en el deber de información de ésta, en consecuencia se declare que nunca se trasladó al régimen privado y se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a registrar la ineficacia de la afiliación y trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos financieros, vino y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; y a Colpensiones activar la afiliación del señor Alba Páez en pensión, recibir la totalidad de los aportes y demás sumas trasladadas. Se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 4 vuelto del expediente, en los que en síntesis se indicó que: se afilió y realizó aportes para pensión en el RPMPD con el ISS hoy Colpensiones desde el 25 de marzo de 1987, acumulando 508 semanas; el 2 de febrero de 1998 suscribió formulario de afiliación al RAIS con la AFP Colmena hoy Protección S. A. con ocasión de su vinculación con la empresa Fundación Colmena y en ese momento un promotor de la AFP le aseguro que el ISS estaba pasando por problemas financiero que ponían en riesgo los aportes allí realizados, por lo que era necesario afiliarse al fondo privado y suscribir el formulario de afiliación donde además obtendría una pensión mejor a la que le podía otorgar el ISS. Señala que el promotor no le explico de manera clara y comparada las diferencias entre los regímenes pensionales; cuales eran las ventajas o desventajas de cada uno de ellos, no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía su traslado de régimen pensional; omitió informarle sobre los efectos y sus consecuencias de la decisión y las características del RAIS y el RPMPD, tampoco se le indico sobre las condiciones para acceder a una pensión superior a la mínima legal, no indago sobre su situación pensional en el ISS; que no se informó sobre la posibilidad de retracto, ni mucho menos de la posibilidad de retornar al RPMPD antes de que le faltara diez años o menos para pensionarse; que por petición la AFP demandada le se mesada

pensional podía ser de aproximadamente de \$1.173.906,00 mientras que en el RPMPD con base en el IBC y el número de semanas sería de \$4.491.287,00. Agrega que el 18 y 20 de febrero de 2020 solicitó a Colpensiones y a la AFP Protección S.A., respectivamente la anulación de su afiliación al RAIS y su retorno inmediato al RPMPD, las que fueron respondidas en forma 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 todas y cada una de las pretensiones formuladas, (CD fls. 31); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación y cotizaciones al ISS hoy Colpensiones en el RPMPD, la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no son ciertos y no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Protección S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado en medio magnético (cd fl 31), en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A., la proyección de pensión realizada por solicitud del promotor y la reclamación de nulidad presentada ante esa entidad, así como su respuesta negativa; frente a los demás manifestó no ser ciertos y no constarle. Como medios 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 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 declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia anexa en cd fl 34) en la que declaró la ineficacia de la afiliación del señor David Eduardo Alba Páez efectuado por la AFP Protección S.A.; condenó a la citada AFP a devolver o trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora, con todos sus frutos e intereses esto es, con los rendimientos financieros que se hubieren causado, sin efectuar descuento alguno por administración, ni por cualquier otro concepto; declaró que el demandante se encuentra afiliado al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones; no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a la AFP demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandadas la recurren, así: la AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena por la devolución de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993 por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, al tener éstos una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales 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 del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, 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 la demandada Colpensiones argumenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; que el deber de información no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento; aunado a que la demandante ha permanecido más de 20 años en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen, además 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, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia; en el sentido de reiterar lo dicho en la sustentación del recurso. De igual forma lo hizo la parte demandante pidiendo que se confirme el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante; ya que el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna al demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional, como bien lo tiene dilucidado la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala estima necesario referirse a una inconformidad planteada por Colpensiones en la alzada, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, ya 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 pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 63 años de edad, dado que su fecha de nacimiento fue el 16 de junio de 1957 como da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía (anexos a la demanda contenidos en cd fl 20)); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado realizado por el demandante el 2 de diciembre de 1997 con efectividad desde el 1° de febrero de 1998 a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A. (anexos a la contestación de la demanda AFP fl 31), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre este tema, por lo que no es de recibo esta manifestación de Colpensiones.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; lo cierto es que era la AFP Protección S.A. quien tenía la carga de

probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS efectuada a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 2 de diciembre de 1997 con efectividad desde el 1° de febrero de 1998 (anexos a la contestación de la demanda de Protección S.A., fl 31), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, la AFP Protección S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe revisar este punto, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

Con relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que lo pretendido en la demanda era la ineficacia, no es argumento plausible para dejar sin efecto la sentencia recurrida, ya que como lo ha explicitado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en relación con la ineficacia o nulidad del traslado, 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)

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, que 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 admisible la defensa que hace la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la actora; de lo contrario se le estaría dando efectos parciales a esa declaratoria.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media, que deba mantener la afiliación del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse 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

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.

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. De otra parte la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GALDAN
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 LUZ ARANGO GUTIÉRREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo 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 Tercera de Decisión.

A U T O

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.

Notifíquese

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, contra la sentencia del 7 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Veinte

Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a esta entidad.

ANTECEDENTES

Ana Luz Arango Gutiérrez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS con la AFP demandada, realizado el 28 de mayo de 2003 ante la falta en el deber de información; así como el traslado entre fondos a Horizonte hoy Porvenir S.A., en consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tenerla entre sus afiliados en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático. Así mismo pide que condene a las demandadas lo ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 6 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indicó que: se trasladó del RPM al RAIS el 28 de mayo de 2003, pero el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna a cerca de las ventajas y desventajas en cada uno de los regímenes pensionales, no se hizo un estudio de su situación particular, lo único que hicieron fue indicarle que su traslado solo le traería ventajas, que posteriormente se trasladó a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. el 28 de abril de 2005. Indica que nació el 6 de mayo de 1960; la AFP demandada le hizo una simulación de pensión en la modalidad de retiro programado al cumplimiento de la edad de 57 años, indicando que su mesada pensional ascendía a \$689.455, mientras que en el RPMPD teniendo en cuenta el IBC, el número de semanas y el monto, sería de \$2.725.720. por lo que es ostensible el detrimento causado; que acumula 1.399 semanas cotizadas y presentó ante Colpensiones solicitud de nulidad del traslado el 8 de marzo de 2019, la que fue respondida en forma negativa en la misma fecha.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (fls. 102 a 135 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el traslado efectuado al RAIS a través de la AFP demandada, la solicitud de nulidad presentada y su respuesta negativa; frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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.

A su turno, la AFP Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 143 a 160 de expediente digitalizado, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos los niega en su totalidad indicando que el traslado se hizo efectivo a través de esa AFP el 1° de julio de 2003, y que se le brindó la información requerida. 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 a lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo grabación de audiencia anexa al expediente digitalizado la ineficacia de la afiliación o traslado de RPMPD al de RAIS, efectuado por la señora Ana Luz Arango Gutiérrez a la AFP Porvenir S.A., el día 28 de mayo de 2003 y su posterior traslado a Horizonte hoy Porvenir S.A., el 28 de abril de 2005; y como aseguradora válida para los riesgos de I.V.M. Colpensiones; ordenó a la AFP Porvenir S.A, devolver la

totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración, con destino a Colpensiones y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor y condenó en costas a la AFP demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Colpensiones recurre la decisión, manifestando que correspondía al demandante demostrar que existió vicios del consentimiento al momento de efectuarse la afiliación o traslado al RAIS y no lo hizo. Además, y 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 17 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste 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, además que la actora no podía por lo que pide se revoque la sentencia apelada y se absuelva de todas la pretensiones.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Porvenir S.A. presentó alegatos 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 17 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 rendimiento

financieros son más elevados que los que pudiera recibir en del RPMPD, por lo que no se debe la restitución de estos y los gastos de administración.

De igual manera lo hizo Colpensiones, quien argumenta que el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que l demandante se trasladó al RAIS de manera libre, voluntaria y espontanea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 15 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste 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.

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 propuestos por la demandada Colpensiones en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellos puntos no apelados y que la afectan.

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, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, pues argumenta que el a quo omitió dar aplicación a esa prohibición, aun cuando a la fecha, la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al RPM conforme los parámetros del literal e, del artículo 13 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2° de la ley 797 de 2003, asistiéndole razón en tal aspecto pues es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 61 años de edad conforme se extracta de la fotocopia de la cedula de ciudadanía vista a folio 12 del expediente digitalizado; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad de traslado realizado a la AFP Porvenir S.A. el 28 de mayo de 2003, con efectividad a

partir del 1° de julio del mismo año, como da fe el documento incorporado a folio 162 del expediente digitalizado, diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre estos temas, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos por Colpensiones en este punto.

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

Colpensiones interpone recurso de apelación señalando que se debe realizar un estudio con el fin de establecer si efectivamente se dan o no los supuestos que dan lugar a la declaratoria de nulidad deprecada por la actora, lo cierto es que era la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), al ser la que 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. Ya que en primera instancia se declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS efectuada el 28 de mayo de 2003, con efectividad a partir del 1° de julio del mismo año a la AFP Porvenir S.A., conforme el documento incorporado a folio 162 del expediente digitalizado, y de la posterior afiliación a Horizonte hoy Porvenir S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión, es tan así que desde el momento de la contestación del libelo se allanó a las pretensiones. Por lo que la alzada se restringe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

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

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.

retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original. Lo que implica para Colpensiones que deba mantener la afiliación de la actora como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir los aportes trasladados por Porvenir S.A. y los bonos pensionales en caso de haberse redimido, junto con sus respectivos rendimientos e intereses, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, ya que ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos e intereses, y a contabilizar, para efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, como acertadamente lo concluyó el a quo. Y es que, 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.

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 Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Segundo.- Costas de la instancia a cargo de Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese en legal forma 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 CLARA TERESA TRIVIÑO PINZÓN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. HOY SKANDIA S.A.

En Bogotá, D.C., a los veintiocho (28) días de mayo 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 Tercera de Decisión.

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 las demandadas contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quinto 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

Clara teresa Triviño Pinzón, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la AFP Colfondos S.A., para que se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones al RAIS a través de la AFP Colfondos realizada el 1° de octubre de 1995, por a indebida y nula información que suministró el fondo, se ordene a las demandadas realizar las gestiones administrativas para anular su traslado y se declare que la única afiliación válida fue la realizada al RPMPD. En consecuencia, se ordene a las AFP accionada trasladar a Colpensiones todos los dineros que se encuentren en su cuenta de ahorro individual; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros, reactivar su afiliación sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral; pide que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar su pensión de vejez a partir del 1° de agosto de 2017, junto con los aumentos legales, incluirla en nómina de pensionados y al pago de las mesadas ordinarias y adicionales causadas con los intereses moratorios y a las demandadas lo ultra y extra petita y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 4 del expediente digitalizado, en los que en síntesis se indica que: nació el 22 de octubre de 1959; estuvo afiliado al ISS desde el 28 de diciembre de 1981 y cotizó 130.57 semanas; indica que igualmente prestó servicios a diferentes entidades del sector oficial donde realizó cotizaciones al RPMPD a través de Cajanal, por lo que acumula 426 semanas en ese régimen; que el 1° de octubre de 1995 estando afiliada al ISS, se trasladó al RAIS con la AFP Citicolfondos y hasta el 31 de julio de 2017 cotizó 1.121 semanas; que al momento del traslado de régimen pensional la información obtenida fue indebida y nula para convencerla de que se trasladara, no se le brindó información clara, completa y comprensible para tomar la decisión, no se le informó sobre la posibilidad de retracto o de retorno al RPPD antes de que le faltaran diez años o menos para obtener su pensión; que la AFP le realizó una simulación en la que indicó que su mesada pensional para 2018 sería de \$2.550.067,00 mientras que en el RPMPD teniendo en cuenta su ingreso base de liquidación el número de semanas y el monto, sería de \$5.222.905

y que el 4 de agosto de 2017 solicitó ante las demandadas la nulidad de sus afiliaciones, 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 todas y cada una de las pretensiones formuladas (fls. 132 a 140 y 156 a 158 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su afiliación al ISS en la fecha indicada en el libelo y el número de semanas cotizadas, así como la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Colfondos S.A. en plazo legal recorrió el traslado de la demanda, oponiéndose a todos los pedimentos planteados (fls. 203 a 229 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos admitió la fecha de nacimiento de la demandante, la vinculación a esa esa AFP el 1° de octubre de 1995, la reclamación presentada y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. 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 través de auto del 3 de julio de 2019 (fl 289 del expediente digitalizado), se ordenó vincular como pasiva a la AFP Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. hoy Skandia S.A., quien notificada y corrido el traslado de rigor dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo a través de escrito incorporado a folios 371 a 387 del expediente digitalizado, en el que frente a las pretensiones manifestó que no se opone ni de allana, por lo que pide que no se le imponga condena en costas; respecto de los hechos manifestó que no le consta ninguno de ellos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no

participó ni intervino en el momento de selección de régimen, buena fe, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas 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 grabación de audiencia anexa en el expediente digitalizado, en la que declaró la nulidad del traslado del demandante al RAIS realizado por la señora Clara Teresa Triviño Pinzón, a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. Ordenó a ésta trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses; y esta última a recibir los aportes, procediendo a actualizar su historia laboral, orden que deberá cumplirse dentro del mes siguiente a la ejecutoria de esta sentencia; así mismo que emita el respectivo acto administrativo en el que se pronuncie sobre el derecho pensional de la actora dentro del mes siguiente a que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, haya cumplido la obligación ordenada tenido en cuenta hasta la última cotización; declaró parcialmente probada la excepción de petición antes de tiempo respecto del reconocimiento de la pensión de vejez y condenó en costas a las AFP demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interpusieron recurso de apelación. Colpensiones centra su inconformidad en el hecho de que no participó ni tuvo injerencia alguna en acto de afiliación de la demandante al RAIS y con la decisión declarar su nulidad o ineficacia se está imponiendo cargas que no le correspondía, como es asumir los riesgos de I.V.M. lo cual atenta contra la estabilidad se sistema y de los afiliados; y que de acuerdo a la jurisprudencia ante la falta en deber de información como en efecto se demostró en el proceso, se deben trasladar todos los valores que tenga la demandante sin descuento alguno para financiar el derecho prestacional que le pueda corresponder como afiliada.

A su turno Colfondos S.A. manifiesta que la demandante no logro demostrar que existió vicios del consentimiento que diera lugar a nulitar el acto de afiliación ya que el presente asunto se trata de un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento; que la asesoría que brindó el promotor de la AFP a la actora fue la en su momento correspondía la cual es diferente a la exigida actualmente y no se demostró por la actora que esa entidad haya incumplido en el deber de información al momento de la suscripción del formulario de afiliación y por el contrario que el negocio jurídico celebrado cumple con todos los condicionamientos establecidos para tenerlo como válido.

Finalmente la vinculada AFP Skandia Pensiones y Cesantías S.A. concreta su desacuerdo a la condena en costas que le fue impuesta por valor equivalente a cuatro smlmv, o cual va en contravía del art 365 del CGP aplicable por remisión del art. 145 del CPT y SS, en razón que solo habrá lugar a costas cuando en el expediente se encuentre demostrado que se causaron y al imponerlas por el valor antes indicado resultan demasiado excesivas en la medida que ni siquiera fueron comprobadas debe para imponerlas y si bien se imponen a quien resulte vencido en juicio se desate un recurso e en su contra ellas no pueden constituir un enriquecimiento sin causa al ganador y que al fijarlas se debe acudir a las reglas establecidas para ello.

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 el actor no demostró la afectación de los vicios del consentimiento al momento de realizarse el traslado de régimen y se encuentra inmerso 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 espontanea; y que ha estado afiliada a ese régimen por más de 20 años sin mostrar inconformidad alguna y además correspondía a éste 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.

De igual forma lo hizo la parte demandante pidiendo que se confirme el fallo de primera instancia, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de régimen efectuado por el demandante. Lo anterior, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna al demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional.

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

Atendiendo lo expuesto en el artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar los puntos de inconformidad planteados por las demandadas. en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas 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, 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 “pensional la información obtenida fue indebida y nula para convencerla de que se trasladara, no se le brindo información clara, completa y comprensible para tomar la decisión (...)”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia el demandado. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Resaltando desde ya, que unos son los principios que gobiernan el derecho del trabajo y la seguridad social como lo prevé los artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que imperan en el derecho común, no aplicable estos últimos a la disciplina del trabajo por ser contrarios al derecho social.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte manifestó que en el año 1995 llegaron unos promotores comerciales de Colfondos a Colciencias donde trabajaba y les manifestaron que ante la situación de incertidumbre en que se encontraban tanto el ISS como Cajanal estaban al borde de ser liquidados y las cotizaciones allí realizadas se podían perder por lo que los fondos privados eran muy ventajosos respecto del seguro social, que iban a tener rentabilidad, que podían pensionarse anticipadamente, con un valor mucho más alto y de esa manera ante esas manifestación consideró que era

la mejor decisión, pero no le informaron nada de lo que se trata el régimen de ahorro individual ni sus condiciones para pensionarse, tampoco se enteró de la posibilidad de retornar a Colpensiones y que posteriormente al realizar la consultas y ver que la realidad es otra a la que en ese momento le manifestaron la motivaron a reclamar sus derechos; y que su traslado a Skandia fue porque allí le hicieron mejor oferta se sus derechos y adelantar trámites para que se reflejaran todos los aportes realizados durante su vida laboral, lo cual no ocurrió, y en razón de ello se devolvió a Colfondos.

Una vez examinado el acervo probatorio, 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 del demandante, no constataron que la información brindada al momento de analizar la posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 237 del expediente digitalizado y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma de manera preimpresa conforme a la cual “juro que la selección del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de Colfondos S.A. como administradora, la he efectuado de forma libre, informada, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles a Colfondos S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Dicha constancia nada refiere a la información que se le debió suministrar para la validez del traslado. Incluso, ni siquiera se le orientó del derecho de

retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, ya que 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, como reiteradamente lo ha manifestado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las

proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, SL1452-2019 y SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicación No. 68838, criterio que resulta aplicable en el caso que nos ocupa dado que el punto esencial de debate se centra en la nulidad de traslado de régimen ante el incumplimiento del deber de información por parte del fondo.

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, esto es, que dicho acto no ha existido y por lógica hay que restaurar las cosas al estado en que se hallaría como si no se hubiera celebrado el acto o contrato. De manera que, 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, por lo que no puede dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual.

Sin que sea de recibo el argumento esgrimido por el recurrente según el cual lo aquí debatido es un punto de derecho cuyo error no vicia el consentimiento, 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 del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de

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

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 Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración que fueron descontados por las AFP a las cuales estuvo afiliada la demandante lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, al disponerse 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. De otra parte, la carga prestacional a cargo de Colpensiones no es gratuita, al disponerse la devolución plena de la suma que tenía en la cuenta de ahorros de la AFP.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a la señora Clara Teresa Triviño Pinzón en el momento de su traslado, se confirmará la decisión apelada y consultada. No sin antes advertir que no son de recibo las afirmaciones hechas por Colpensiones en las alegaciones presentadas en esta instancia referente a la restricción de traslado del actor, se 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, en razón a que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A., con efectividad a partir del 1° de octubre de 1995 (cd fl 90 del expediente digitalizado), diferente a la procedencia del traslado de régimen cuando no se cumplen con los mandatos legales sobre este tema.

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.

COSTAS

Las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

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

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

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

RESUELVE

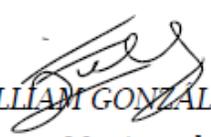
Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes ante la improsperidad de los recursos. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de ellas en favor de la demandante.

Notifíquese en legal forma y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado