

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 ÓSCAR NAVARRO PELÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 noviembre de 2020, por el Juzgado Veintinueve 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

Óscar Navarro Peláez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A. para que se declare que en el mes de enero de 2003 solicitó ante el ISS, hoy Colpensiones, su traslado al RPMPD, esto es, faltándole más de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión. En consecuencia, se condene a Colpensiones a aceptar su traslado de régimen pensional; y se ordene a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes y rendimientos que posea en su cuenta de ahorro individual. De igual manera, se condene 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 116 a 119 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 7 de octubre de 1957; el 19 de noviembre de 1985 se afilió al ISS; a raíz de una mala asesoría, se trasladó a Porvenir S.A. el 1° de mayo del 2000; en enero de 2003 solicitó regresar al ISS, sin obtener respuesta alguna; ante la negativa de Colpensiones de dar trámite a su solicitud, se vio obligado a radicar varias quejas ante la Superintendencia Financiera y una acción de tutela; mediante comunicación del 31 de diciembre de 2014 Porvenir S.A. le informó que se había resuelto el conflicto de multifiliación logrando establecer que se encontraba válidamente vinculado a Colpensiones; el 5 de febrero de 2018 recibió una comunicación en la que las accionadas le informaban que su situación pensional había sido reevaluada, concluyendo que era un afiliado del RAIS.

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. 137 a 142); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no le

consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 171 a 181); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 224) en la que declaró como válido el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante en el año 2003 del RAIS, administrado por Porvenir S.A., al RPMPD. Ordenó a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones y rendimientos. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a actualizar la historia laboral del accionante. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación insistiendo en que se condene en costas a Colpensiones, ya que esta entidad demoró más de 10 años en dar respuesta a la solicitud de traslado, ocasionándole un perjuicio, al punto que fue necesario presentar quejas ante la Superintendencia, interponer una tutela y adelantar el presente proceso para obtener respuesta a lo peticionado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegaciones en esta instancia, las cuales no guardan ninguna relación que el problema jurídico que aquí se debate, en tanto se limitó a indicar que el asesor de Porvenir S.A. le suministró al actor información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, razón por la cual no se configuran los presupuestos para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

CONSIDERACIONES

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

DE LA VALIDEZ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Se encuentra acreditado en el proceso que el 19 de noviembre de 1985 Óscar Navarro Peláez se afilió al ISS, hoy Colpensiones, y el 1° de mayo del 2000 se trasladó a Porvenir S.A.; conforme se establece con las certificaciones expedidas por las accionadas (fls. 20, 21, 60 y 162) y con las historias laborales del actor (fls. 39 a 57).

También está probado que en el año 2003 el promotor de la Litis radicó solicitud de afiliación al ISS, sin que sea posible establecer con certeza la fecha exacta de presentación del formulario de vinculación, pues del mismo sólo resulta legible que se radicó en la referida anualidad, en la oficina de Bulevar Niza, a las 5:10 pm (fl. 19).

Planteadas así las cosas, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si resulta procedente aceptar el traslado de régimen pensional solicitado por el actor en el año 2003 al suscribir el formulario de afiliación al ISS, hoy Colpensiones.

Pues bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional”.

La norma en cita fue modificada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual establece que “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial”. Esta última disposición entró a regir el 29 de enero de 2003.

Siendo ello así, resulta claro para la Sala que la solicitud de afiliación al ISS presentada por el actor en el año 2003, desconoce los términos establecidos en las disposiciones antes transcritas. En efecto, en caso de que la solicitud se hubiese presentado antes del 29 de enero de 2003, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se cumplen los 3 años exigidos por dicha norma; y si se hubiese presentado con posterioridad a dicha data, tampoco logra acreditar los 5 años de que trata la Ley 797 de 2003.

No obstante lo anterior, no puede pasarse por alto que los días 30 de agosto y 30 de octubre de 2012 el ISS certificó que Navarro Peláez se encontraba afiliado a esa entidad y su estado era “Activo Cotizante” (fls. 20 y 21); asimismo, mediante comunicación recibida por el actor el 31 de diciembre de 2014 Colpensiones le informó que “se dio solución al conflicto de multiafiliación frente al Sistema General de Pensiones el 23 de Diciembre de 2014 lográndose establecer que usted se encuentra válidamente vinculado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)” (fl. 35). De igual manera, está probado que las cotizaciones realizadas por el accionante entre el 2003 y el 2012 fueron recibidas por Colpensiones, salvo las del ciclo noviembre de 2006, las cuales fueron pagadas a Porvenir S.A. (fls. 39 a 57 y 165). Posteriormente, la AFP accionada, a través de comunicación del 31 de enero de 2018 le informó al

promotor de la Litis que “De acuerdo a la re-evaluación realizada por ambas administradoras a su caso definido en el comité de multifiliación del 21 de enero de 2015 [...] su vinculación válida al Sistema General de Pensiones es con la AFP Porvenir” (fl. 36).

Frente a lo anteriormente expuesto, cumple recordar que, en los términos del artículo 16 de la Ley 100 de 1993, “Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones”. Entonces, como el accionante realizó aportes pensionales tanto a Colpensiones como a Porvenir S.A. por el periodo comprendido entre los años 2003 y 2012, es claro que se presentó un caso de multifiliación.

En este orden de ideas, el Decreto 3995 de 2008 reguló los diferentes casos de multifiliación que no se habían evidenciado con anterioridad dada la carencia de procesos tecnológicos que permitieran identificar oportunamente la múltiple vinculación de un afiliado, cuyos artículos 1° y 2° establecen:

“ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto.

PARÁGRAFO. Se excluyen de la aplicación del presente decreto:

- 1. Las personas cuya situación de múltiple vinculación haya sido decidida conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigencia del presente decreto.*
- 2. Las personas a quienes a la entrada en vigencia del presente decreto se les haya reconocido una pensión del Sistema General de Pensiones, o quienes tengan los requisitos de pensión cumplidos en alguno de los dos regímenes.*
- 3. Los afiliados que desempeñen actividades de alto riesgo de acuerdo con el artículo 9o del Decreto - Ley 2090 de 2003.*

ARTÍCULO 2o. AFILIACIÓN VÁLIDA EN SITUACIONES DE MÚLTIPLE VINCULACIÓN. ...

Para definir a qué régimen pensional está válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1o de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1o de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación”.

En este sentido, atendiendo que el estado de múltiple vinculación de Navarro Peláez se presentó desde el 2003 hasta el 2012, la situación de multifiliación debió resolverse bajo los parámetros de la norma antes citada, la cual establece que debe tenerse como válida la vinculación a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones desde 1º de julio hasta el 31 de diciembre de 2007. Así, como el demandante sólo aportó al ISS durante ese periodo, según se infiere de la historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (fl. 165) y del reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (fls. 39 a 57), se impone concluir que es válida la afiliación al RPMPD.

Aunado a lo anterior, frente a estos asuntos en los cuales se ha suscitado multifiliación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado la figura de la aceptación tácita de la afiliación, la cual define en los siguientes términos:

“cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de afiliación o vinculación y al tiempo ésta recibe el pago de aportes por un periodo significativo se da una manifestación explícita de la voluntad del afiliado aceptada por la administradora que lleva a que no pueda perder su derecho a la pensión” (sentencias con radicados N° 46106 del 4 de junio de 2002, N° 40531 de 19 de julio de 2011 y N° 46404 del 30 de septiembre del año 2015).

Y más adelante puntualizó:

“no es una circunstancia razonable que para un afiliado que haya cotizado de manera continua de buena fe y con la convicción firme que estaba afiliado a un régimen de pensiones se le modifique intempestivamente e inconsultamente su régimen acudiendo a una afiliación anterior que en la realidad no surtió ningún efecto y que superó por más cotizaciones constantes y permanentes; esas cotizaciones prolongadas expresan la voluntad del administrado y su recepción pacífica por la administradora se traduce en su aceptación tácita”.

Ahora, teniendo en cuenta que, con ocasión a la determinación tomada por las entidades de seguridad social demandadas, se dispuso que el señor Navarro Peláez se encontraba válidamente afiliado al RAIS, lo que implicó el traslado de aportes por parte de Colpensiones a la AFP Porvenir S.A.; y al determinarse a través de este proceso que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones, esta declaración trae consigo como consecuencia inmediata la devolución de los dineros recibidos por parte de Porvenir S.A. por concepto de cotizaciones y rendimientos; como acertadamente lo concluyó el a quo.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de validez de la afiliación del actor en el RPMPD, implica para Colpensiones como administradora de dicho régimen que deba recibir las sumas trasladadas por la AFP Porvenir S.A. y actualizar su historia laboral, tal como lo concluyó el fallador de primer grado.

Las anteriores son razones suficientes para confirmar la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones, puesto que a lo largo del proceso ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

“(…)

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

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se revocará la absolucón impartida en primera instancia frente a este punto.

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

RESUELVE

Primero.- *Revocar el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia.*

Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión apelada y consultada.

Tercero.- Sin costas en 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 PEDRO ALIRIO GONZÁLEZ ARAQUE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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, el tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 27 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia y en consulta frente a las condenas impuestas.

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

DEMANDA

Pedro Alirio González Araque, por medio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que para

que se condene al reconocimiento y pago de la mesada catorce, a partir del año 2018; junto con los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, lo probado conforme a las facultades ultra y extra petita y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos que narra a folios 4 y 5 del plenario, donde en síntesis expresa que: nació el 26 de enero de 1947; el ISS hoy Colpensiones mediante resolución No. 18840 del 30 de abril de 2007 le reconoció pensión de vejez, a partir del 1° de mayo de esa anualidad, en cuantía inicial de \$1.310.019,00, bajo las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición; mediante comunicación del 3 de julio de 2018, la accionada le comunicó que no tiene derecho a recibir la mesada catorce; el 21 de agosto de 2018 presentó reclamación administrativa, obteniendo respuesta negativa a través de la resolución SUB 249232 del 20 de septiembre del mismo año, confirmada por el acto administrativo DIR 18060 del 9 de octubre siguiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la demandada en forma legal y oportuna (fls. 40 a 49 del expediente digitalizado), quien se opuso a la totalidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría a excepción de los relacionados con el valor de la mesada pensional en 2011. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe e inexistencia de intereses moratorios e indexación.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo pedido 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 probada la

excepción de inexistencia de la obligación y absolvió a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de todas las pretensiones formuladas en su contra, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la parte demandante interpuso recurso de apelación indicando que para efectos del estudio de la continuidad en el reconocimiento de la mesada catorce conforme al Acto Legislativo 001 de 2005 se debió tener en cuenta el valor de la mesada pensional que percibía a 31 de julio de 2011 y no a la fecha del reconocimiento pensional como lo consideró el a quo, teniendo en cuenta la interpretación más favorable a lo allí consagrado y el derecho a la igualdad debido a que hay un grupo de pensionados a quienes en vigencia del acto legislativo se les reconoce el derecho cuando su pensión es de menos de 3 salarios mínimos y otros a quienes se le mantiene cuando la pensión fue reconocida con anterioridad por lo que pide revocar la sentencia apelada y conceder las pretensiones formuladas .

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

Conforme lo dispone el artículo 66 A del CPT y la SS, la sala realizara el estudio correspondiente al reparo efectuado por el demandante.

CALIDAD DE PENSIONADO DEL DEMANDANTE

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que el ISS hoy Colpensiones a través de la resolución No. 18840 del 30 de abril de 2007 le reconoció pensión de vejez, a partir del 1° de mayo de esa anualidad, en cuantía inicial de \$1.310.019,00, bajo las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, como beneficiario del régimen de transición (fl 11 del expediente digitalizado).

MESADA ADICIONAL DE JUNIO O MESADA CATORCE

Pretende el promotor de la litis que le sea reconocido el pago de la mesada catorce a partir del momento en que le fue otorgada la pensión de vejez por parte de Colpensiones.

Al respecto, es del caso señalar que el Acto Legislativo 01 de 2005, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política, dispuso:

“Artículo 1°. Se adicionan los siguientes incisos y párrafos al artículo 48 de la Constitución Política:

...

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

...

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

...

"Parágrafo transitorio 6°. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8° del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".

Artículo 2°. El presente acto legislativo rige a partir de la fecha de su publicación."[...]

De dicha preceptiva fácil resulta colegir, de una parte, que es con el reconocimiento efectivo de la pensión que surge tal prestación; y de otra, que del acto legislativo emergen dos situaciones relevantes, la primera, que se contrae al respeto de los derechos adquiridos, y la segunda, que produce efectos hacia el futuro, esto es, que la supresión de la mesada catorce con las excepciones allí enlistadas, operan en relación con las pensiones que se causen a partir de su vigencia, como expresamente allí se indica.

Así, entonces, correspondía al demandante acreditar que causó el derecho pensional con anterioridad al 29 de julio de 2005 (fecha de expedición del referido acto legislativo); o, en su defecto, antes del 31 de julio de 2011,

siempre y cuando la mesada pensional concedida fuese inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Así, en el caso que nos ocupa, cumple precisar que, pese a que el reconocimiento pensional lo realizó Colpensiones a partir del 1° de mayo de 2007, cuando causó el derecho a la prestación, con el cumplimiento de la edad mínima requerida de 60 años y acreditaba el número mínimo de semanas exigido por el Acuerdo 049 de 1990, tal como lo reconoce la entidad de seguridad social accionada en la resolución No. 18840 del 30 de abril de 2007.

Ahora, el valor inicial de la prestación para el año 2007 asciende a la suma de \$1.310.019,00, que equivale a 3,02 salarios mínimos de la época; lo anterior teniendo en cuenta que el salario mínimo legal mensual vigente para esa anualidad ascendía a \$433.700.00.

En atención a lo anterior, resulta claro que el demandante no reúne los requisitos para hacerse acreedor al reconocimiento de la mesada adicional de junio o mesada catorce; por cuanto al momento del reconocimiento de la prestación su monto ascendió a más de tres (3) SMLMV, no siendo de recibo los argumentos esbozados por el recurrente en el sentido que para ello se debió tener en cuenta el monto de la pensión que venía percibiendo a 31 de julio de 2011, fecha hasta la cual se extendió el derecho para los beneficiarios del régimen de transición allí establecido, pues para ello se debe tener en cuenta es el momento de la causación de la pensión de vejez o invalidez, ver sentencia C-409-1994 de la Corte Constitucional. Aunado que, la aplicación del principio indubio pro operario, no es de recibo en el presente caso en la medida que no existe por parte de la sala duda sobre la interpretación del Acto Legislativo 01 de 2005, para percibir la mesada catorce, imponiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado, no sin antes advertir que si bien el recurrente indica que existen pensionados en las mismas condiciones a quienes se le mantiene el derecho a recibir la mesada catorce, dentro del proceso no existe ninguna prueba que conduzca a la Sala a establecer tal

circunstancia, por lo que no está demostrada discriminación que afecte el derecho a la igualdad alegado en la alzada.

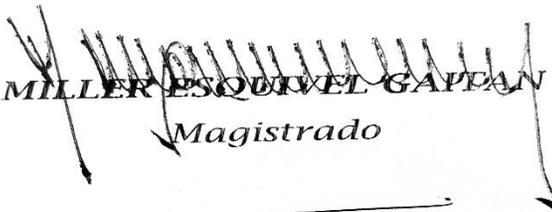
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada.

Tercero.- Sin costas en esta instancia.

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 SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 25 de noviembre de 2020, por el Juzgado Diecinueve 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

Sandra Patricia Escobar Lora, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP Porvenir en su deber de información. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los

aportes pensionales realizados, junto con sus respectivos rendimientos; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros. De igual manera, se condene 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 4 a 6 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 31 de octubre de 1966; el 25 de junio de 1991 se vinculó al ISS; el 29 de abril de 1994 se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir; el asesor de la época le indicó que al trasladarse al RAIS no perdería ningún beneficio, además podría pensionarse antes de la edad requerida, tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y recibiría una pensión en un monto más alto a la que correspondería en el ISS; el asesor de Porvenir S.A. no le brindó un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS; el 4 de octubre de 2010 se afilió a Colfondos S.A.; el 1° de octubre de 2014 se trasladó a Protección S.A., AFP a la cual se encuentra actualmente afiliada; ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.354,14 semanas; el 17 de enero de 2018 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa ese mismo día.

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 129); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su actual afiliación a Protección S.A., la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 141 a 148); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su traslado a esa AFP en el año 1994; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa,

y la innominada o genérica.

A su turno, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 196 a 224); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y su afiliación a esa AFP en el año 2010; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, y la innominada o genérica.

Por último, Protección S.A. presentó contestación de demanda, oponiéndose igualmente a las pretensiones formuladas (fls. 246 a 253); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su actual vinculación a esa AFP y el total de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó improcedencia de declaratoria de nulidad de traslado al RAIS por demostrarse asesoría brindada por la AFP Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada AFP Protección S.A., prescripción, y la genérica.

Mediante proveído del 2 de abril de 2019 se ordenó vincular al trámite a Old Mutual S.A. (C.D. fl. 301), quien contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (fls. 326 a 340); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 423) en la que declaró ineficaz el

traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, con destino a Porvenir S.A., el 29 de abril de 1994, y los traslados posteriores a las AFP Old Mutual S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. Declaró que Sandra Patricia Escobar Lora se encuentra válidamente vinculada al RPMPD, administrado por Colpensiones, desde el 25 de junio de 1991 hasta la actualidad. Condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración. Absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones formuladas en su contra; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones interponen recursos de apelación, así: Colfondos S.A. argumentó que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento, pues lo que se acreditó es que la demandante incurrió en un error de derecho. Agregó que la actora ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al trasladarse de una administradora a otra. Indicó que esa AFP siempre ha actuado de buena fe; que la accionante siempre ha tenido la posibilidad de obtener información suficiente, clara y veraz por parte de Colfondos; y que al momento de su afiliación a esta última, se cumplió cabalmente con el deber de información.

Protección S.A. aduce que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos se causaron por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, generando altos rendimientos. Agregó que los gastos de administración fueron descontados conforme a la ley, y que en caso de trasladar dichos dineros a Colpensiones se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

Colpensiones afirmó que debe estudiarse cada caso en particular, y dado que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no le es posible retornar al RPMPD en cualquier tiempo. Añadió que no se probó ningún vicio en el consentimiento, por el contrario, se logró acreditar que la accionante tenía la voluntad de permanecer en el RAIS, la cual ratificó al trasladarse entre las cuatro

AFP, en las cuales tuvo la oportunidad de informarse sobre su derecho pensional. Indicó que en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se causaría un desfinanciamiento en el sistema pensional.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, solicitando que se confirme la decisión de primer grado, por cuanto las accionadas no lograron acreditar el cumplimiento del deber de información.

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.

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 “no se le brindó un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS”, es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que “las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”, en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

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

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

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

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además

todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 29 de abril de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en abril de 1994 fue visitada en su sitio de trabajo por un asesor de Porvenir quien, en una reunión grupal adelantada en la sala de juntas, le explicó que la mejor opción en ese momento era pasarse a los fondos privados porque el ISS se iba a acabar y no podría pensionarse. Dijo que toda la información brindada en la asesoría fue general y no realizaron simulaciones. No recuerda haber recibido información sobre la cuenta de ahorro individual, ni sobre las modalidades de pensión en el RAIS.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, por demás escaso, 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 35 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 35 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

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.

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; sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados 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 Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colfondos S.A. relativas a que se trató de un error de derecho, 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 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 Protección S.A., incluidos los gastos de administración y los rendimientos generados, 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 Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de 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 HERNÁN PERICO PULIDO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 9 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Tres 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

Hernán Perico Pulido, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes recibidos con sus respectivos rendimientos; debiendo esta última

entidad mantener su afiliación como si nunca se hubiera trasladado de régimen. De igual manera, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folio 17 vto del expediente, en los que en síntesis se indica que: al inicio de su vida laboral se afilió al ISS; el 10 de julio de 1996 se trasladó de régimen pensional; en esa época un asesor comercial de Porvenir se le acercó y le dio una charla sobre la creación de los fondos privados; la información brindada fue cercenada, pues no comprendió las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen, tampoco se le ilustró sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen; solicitó ante Colpensiones su retorno 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 (fls. 26 a 33); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por el actor y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 56 a 66). No aceptó ninguno de los hechos formulados. Propuso las excepciones que denominó prescripción de la nulidad que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, 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 declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, con destino a Porvenir S.A., el 10 de julio de 1996, efectivo a partir del 1° de septiembre de esa misma anualidad. Declaró

que el accionante actualmente se encuentra efectivamente afiliado a Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de Perico Pulido, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con sus respectivos intereses o rendimientos, comisiones y cuotas de administración. Ordenó a Porvenir S.A. a pagar, de ser el caso, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPMPD, las cuales deberán ser asumida de su propio patrimonio, incluyendo los gastos o cuotas de administración y comisiones generadas; para tales efectos, conminó a Colpensiones a realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas, si a ellas hubiere lugar. Ordenó a Colpensiones que los tiempos laborados y válidos para bono pensional sean tenidos en cuenta en la historia laboral del demandante, o en su defecto como tiempo de servicios conforme la información que mediante certificados allegue el accionante. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Conminó a Colpensiones y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que procedan a establecer mecanismos procesales y administrativos que permitan determinar los eventuales perjuicios que surjan a raíz de los procesos de ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS. Condenó en costas a Porvenir S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas interponen recursos de apelación, así: Porvenir S.A. argumentó que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento, ni una situación de engaño que diera lugar a declarar la ineficacia del traslado. Agregó que el mismo actor reconoció que periódicamente era visitado por un asesor de Porvenir, lo que denota que siempre estuvo asesorado. Afirmó que no es procedente devolver los gastos de administración, dado que al demandante en todo momento se le brindó cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte. Indicó que cumplió con todas sus obligaciones vigentes al momento en que ocurrió el traslado de régimen.

Colpensiones afirmó que no es posible aplicar al presente asunto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre inversión de la carga de la prueba, toda vez que el actor no era beneficiario del régimen de transición, no tenía una expectativa legítima, no estaba próximo a pensionarse, ni sufrió una

afectación grave en su derecho. Añadió que el promotor de la Litis no probó la existencia de un vicio en el consentimiento; por el contrario, el formulario de afiliación da cuenta que recibió asesoría y que la decisión de trasladarse de régimen la tomó de manera libre y voluntaria.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. presentó alegaciones en esta instancia argumentando que el a quo dio por demostrado, sin estarlo, que el demandante no fue informado sobre las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, restándole valor probatorio al formulario de afiliación. Agregó que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento y que el accionante recibió asesoría verbal. Dijo que la obligación de dejar constancia de la asesoría sólo surge con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015. Insistió en que no resulta viable devolver los gastos de administración, ya que esto generaría una desfinanciación del sistema.

La parte demandante adujo que Porvenir S.A. omitió su deber de información en los términos señalados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, relevándose de indicar las consecuencias derivadas del cambio de régimen y los términos para retornar al RRPMPD, lo que deriva en la declaratoria de 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 demandadas al momento de sustentar sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre

en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así que, en situaciones como las aquí controvertidas, es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, 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 información brindada fue cercenada, pues no comprendió las consecuencias que acarrearía el traslado de régimen, tampoco se le ilustró sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen", es un hecho indefinido negativo que invierte la carga de la prueba hacia la demandada. Sobre el particular, el inciso cuarto del artículo 167 del CGP enseña que "las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba", en los segundos se trata de hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, en el caso de las negaciones, éstas no pueden demostrarse, no por negativas, sino por indefinidas.

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

"Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen

desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

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

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

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

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

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

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

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

Bajo los anteriores derroteros, los requisitos que establece la máxima corporación para la validez de traslado de régimen pensional, se centran únicamente al deber de informar que tiene la AFP al afiliado, sin distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que debió dar la AFP Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 10 de julio de 1996, con efectividad a partir del 1° de septiembre de esa misma anualidad. Precisando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1° 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 1996 fue visitado en su sitio de trabajo por unas “impulsadoras” de Porvenir S.A.

quienes, en una reunión grupal, le dijeron que la mejor opción era trasladarse al RAIS. Dijo que las impulsadoras le dieron una breve explicación referente a que en el otro régimen no había estabilidad y que el RAIS era más sólido (por aquella época se especulaba que el ISS se iba a acabar); también le obsequiaron un esfero y un dulce.

Los testigos Ricaurte Rivera Bolívar y José Ladino Díaz, compañeros de trabajo del actor para la época del traslado de régimen, fueron coincidentes en manifestar que a su sitio de trabajo llegaban asesores de los fondos privados a dictar charlas grupales, y en una de esas reuniones el accionante se pasó a la AFP Porvenir.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte de la demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 67 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual "hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual" no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 67 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 o las sumas destinadas al seguro previsional; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación del demandante.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad 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 las AFP accionadas, 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

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 el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

R E S U E L V E

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

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho 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 MAURICIO GAVIRIA DEL CORRAL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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, el tribunal procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 21 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Mauricio Gaviria del Corral, por medio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones, para que se declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, de acuerdo con lo probado, a partir de las 1.029 semanas cumplidas, junto con los incrementos ordenados por la ley.

En consecuencia, se condene al pago de las mesadas pensionales causadas a partir del 5 de septiembre de 1986, junto con los intereses moratorios desde el 31 de mayo de 2016 hasta el reconocimiento y pago de la pensión, lo probado ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 38 a 40, en los que en síntesis se indica que: ha laborado y cotizado como aviador civil en diferentes empresas de transporte aéreo desde el 5 de septiembre de 1986 a la fecha, donde sus asignaciones salariales fluctuaron entre \$233.148,00 hasta el actual salario promedio de \$12.000.000,00; ha sido beneficiario de las convenciones colectivas como aviador de Aces; a cuanta con más de 7.718 días, equivalentes a 1.115 semanas cotizadas a Caxdac y a Colpensiones. Indica que la naturaleza del servicio que ha prestado durante su vida laboral como piloto de aeronaves está considerado como de alto riesgo, por lo que el 1º de febrero de 2018 solicito ante la entidad el reconocimiento y pago de la prestación que ahora reclama y ésta a través de resolución SUB 45771 del 23 de febrero de del mismo año le negó el derecho, decisión que fue confirmada a través de los actos administrativos SUB 78642 de 23 de marzo y DIR 7222 del 16 de abril de esa anualidad, que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la inicial, respectivamente.

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 al reconocimiento de mesadas desde el 5 de septiembre de 1986 y los intereses (fls. 52 a 55); en cuanto a los hechos los aceptó en su mayoría, excepto el relacionado frente al diagnóstico de agravamiento de los aviadores. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 67) en la que declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, absolvió a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra; condenando en costas al demandante.

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

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

NEXO LABORAL

No existe discusión en que el demandante sostuvo durante su vida laboral vinculación con diferentes empresas privadas dedicadas al transporte aéreo, como aviador civil, desde el 5 de septiembre de 1986 a la fecha, donde sus asignaciones salariales fluctuaron entre \$233.148,00 hasta el actual salario promedio de \$12.000.000,00, lo cual fue aceptado por la demandada desde la contestación de la demanda, y es corroborada con las certificaciones aportadas en el expediente administrativo allegado por Colpensiones en medio magnético a folio 59 y los actos administrativos que negaron el derecho prestacional (fls. 21 a 43).

DE LA APLICACIÓN DE LA SENTENCIA C-093 DE 2017.

Observa la sala que el demandante fundamenta el reclamo de su derecho pensional en lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-093 de 2017, indicando que dada la condición de aviador civil que ostenta desde

septiembre 1986, le asiste el derecho al reconocimiento pensional especial por actividades de alto riesgo, por lo que es palmario analizar si la actividad de aviador civil se encuentra catalogada como tal.

Bien, los artículos 1 a 3 del Decreto 2090 de 2003, estipulan:

Artículo 1º. Definición y campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todos los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, entendiendo por actividades de alto riesgo aquellas en las cuales la labor desempeñada implique la disminución de la expectativa de vida saludable o la necesidad del retiro de las funciones laborales que ejecuta, con ocasión de su trabajo.

Artículo 2º. Actividades de alto riesgo para la salud del trabajador. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes:

1. Trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos.

2. Trabajos que impliquen la exposición a altas temperaturas, por encima de los valores límites permisibles, determinados por las normas técnicas de salud de salud ocupacional.

3. Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes.

4. Trabajos con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas.

5. En la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil o la entidad que haga sus veces, la actividad de los técnicos aeronáuticos con funciones de controladores de tránsito aéreo, con licencia expedida o reconocida por la Oficina de Registro de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, de conformidad con las normas vigentes.

6. En los Cuerpos de Bomberos, la actividad relacionada con la función específica de actuar en operaciones de extinción de incendios.

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública.

(...)

“Artículo 3º: Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean éstas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente.”

Así, es de precisar que las normas antes transcritas no contemplan la actividad de aviador civil como de alto riesgo. Ahora, el máximo tribunal constitucional al estudiar la constitucionalidad del Decreto 2090 de 2003, por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades, decidió inhibirse de pronunciarse sobre la exequibilidad de los artículos 1 y 2 del citado decreto, por ineptitud sustantiva de la demanda; y declaró la exequibilidad de los incisos 1 y 3 del artículo 8 ibidem que en efecto mantienen las normas acusadas y en el art. 2 del citado decreto no se incluye a los aviadores civiles como actividad de alto riesgo.

En dicha sentencia la H. Corte Constitucional precisó:

“... Ahora bien, incluso obviando la dificultad anterior, la Corte encuentra que en el proceso judicial no se proporcionaron los elementos básicos para la estructuración del examen propuesto por el actor. Las acusaciones de la demanda, incluso articuladas y alimentadas con los insumos proporcionados por los intervinientes que coadyuvaron el escrito de acusación, no logran identificar los elementos estructurales del juicio de constitucionalidad. Se encuentran al menos tres tipos de deficiencias.

3.1.1.1. *Por un lado, las premisas fácticas y los elementos probatorios sobre la exposición de los aviadores a las radiaciones ionizantes y sobre su impacto en la salud, que constituyen el fundamento de la pretensión de la demanda de inconstitucionalidad, no son conclusivos.*

En efecto, el demandante argumenta que los niveles de radiación recibidos por los aviadores impactan negativamente su salud, y que de ello dan cuenta las cancelaciones de certificados médicos de los aviadores allegados al proceso judicial. Aunque el accionante allegó información y documentación relevante que da cuenta de esta problemática, estos insumos resultan insuficientes por las siguientes razones: (i) primero, como según la documentación científica que consta en este proceso, todas las personas se encuentran expuestas a radiaciones ionizantes, las pruebas aportadas en este proceso no debían estar orientadas solo a demostrar que los aviadores están expuestos estas radiaciones, sino a demostrar que los niveles de radiación superan los estándares generalmente aceptados, y que esto se traduce en una afectación de la salud de estos profesionales; de esta circunstancia no se da cuenta en el proceso judicial, y por el contrario, según la información proporcionada por gran parte de los intervinientes, esta dosis se ajusta a los estándares generalmente aceptados; (ii) segundo, las cancelaciones de certificados médicos tampoco acreditan el vínculo causal entre las radiaciones ionizantes y las patologías allí detectadas; por el contrario, la mayor parte de las patologías mencionadas no corresponden a los efectos que según la literatura médica se producen por la exposición a radiaciones ionizantes, tal como ocurre con la depresión, los accidentes cerebro vasculares, la diabetes, los trastornos de la personalidad, la artrosis cervical, el trastorno fóbico, el infarto de miocardio, el trastorno de ansiedad, el vertido crónico o la artrosis de rodilla; incluso, tal como lo advirtieron algunos de los intervinientes, estas afecciones corresponden a enfermedades de origen común, y no de origen profesional; (iii) tercero, en la

comunidad médica y científica persisten las disputas sobre los estándares permisibles de radiación anual, y sobre los promedios de radiación a los que se encuentran sujetos los aviadores; (iv) cuarto, para demostrar que la aviación civil debía ser calificada como actividad de alto riesgo no bastaba con acreditar que la exposición a la radiaciones ionizantes tiene la potencialidad de afectar su salud, sino que esto se traduce en una reducción de la expectativa de vida saludable, o en la necesidad de que este grupo poblacional sea retirado anticipadamente de la vida laboral, cuestiones estas frente a las cuales no se aportaron pruebas; (v) y finalmente, no todas las personas que se dedican a la aviación están expuestas a los mismos niveles de radiación, pues ello depende de múltiples variables como la altitud de los viajes, la zona de tránsito según su mayor o menor proximidad a los polos, la protección del avión frente a las radiaciones, la frecuencia de los vuelos, y la misma función ejercida por los aviadores, porque incluso, los pilotos inspectores de operaciones y los pilotos chequeadores de ruta cumplen su rol sin volar.

De este modo, la Sala carece de los insumos técnicos necesarios para establecer si los aviadores se encuentran expuestos a niveles de radiación ionizante que superan los estándares generalmente aceptados, y si este contacto se traduce en afectaciones de la salud que en condiciones normales disminuye la expectativa de vida saludable o torna necesario el retiro anticipado de la labor productiva.

3.1.1.2. *Asimismo, los cuestionamientos al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 parten de una comprensión manifiestamente inadecuada del ordenamiento jurídico, así: (i) tal como expresaron algunos de los intervinientes en este proceso, el accionante asume equivocadamente que todos los aviadores se encuentran sometidos al régimen pensional general establecido en la Ley 100 de 1993, cuando el Decreto 1282 de 1994 establece unas reglas diferenciales para los aviadores civiles que tiene semejanzas con el régimen pensional para las actividades de alto riesgo, y que también prevén un retiro anticipado de la actividad laboral; (ii) asimismo, el demandante establece una equivalencia plena entre las actividades de alto riesgo con las actividades peligrosas, cuando se trata de categorías autónomas que obedecen a racionalidades distintas; las riesgos inherentes al trabajo por los accidentes laborales y las enfermedades de origen profesional, que son los fenómenos a los que parece aludir el actor en algunos apartes de la demanda, son cubiertos a través del Sistema de Seguridad Social en Riesgos Laborales, y no a través de regímenes pensionales especiales; (iii) el Acto Legislativo 01 de 2005 no radica en el legislador la obligación de revisar el listado de actividades de alto riesgo, ni la de evaluar cada uno de las labores y oficios existentes; (iv) la racionalidad que subyace al artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 no es la de individualizar cada uno de los oficios y labores de alto riesgo, sino la de fijar criterios generales para que en cada momento histórico se determine qué actividades se encuentran comprendidas dentro de tales categorías.*

3.1.1.3. *Y finalmente, en el proceso no se aportaron los elementos de juicio ni los insumos para valorar la incompatibilidad entre el contenido normativo atacado, y los artículos 1, 2, 4, 11, 13, 25, 29, 48 y 53 de la Carta Política. En general, el accionante afirma la oposición normativa entre la disposición demandada y el ordenamiento superior, pero no explica el sentido de la contradicción, y lo hace a partir de argumentos circulares, peticiones de principios, o de consideraciones sobre los efectos remotos e inciertos de las normas demandadas en la vida de los pilotos.*

Por tan solo mencionar algunos ejemplos, el accionante estima que la norma contraviene el artículo 1 de la Constitución. A su juicio, la medida legislativa desconoce la dignidad de los aviadores, por no proteger la vida, la salud y la integridad física de las personas que realizan actividades de alto riesgo: “la dignidad exige que se proteja su vida, su salud y su integridad, mucho más cuando desarrollan actividades catalogadas como de alto riesgo, que en el caso de los pilotos posee igualmente dos implicaciones legales, una que no se puede

suspender arbitrariamente la protección que da la ley nacional e internacional en estos casos, porque el trabajador asume la actividad peligrosa que debe ser cubierta por el patrono y dos, su labor además debe estar catalogada como de alto riesgo con implicaciones negativas para su salud, tiene también riesgos para la propia vida de este, porque su labor diaria está sometida a variables catastróficas por el carácter mismo de su trabajo". Como puede advertirse, el actor afirma que la disposición demandada desconoce la dignidad humana porque no califica la aviación como una actividad de alto riesgo, pero el fundamento de su reclamo es el supuesto, no demostrado, de que la aviación es una actividad de alto riesgo, y de que un error en esta calificación se traduce en una afectación de la dignidad humana. La conclusión de su argumento es la misma premisa del razonamiento, con lo cual se produce una petición de principio. Tampoco se da cuenta de la afectación de la vida, de la salud y de la integridad física de los aviadores por el hecho de no contar con un régimen pensional específico, y mucho menos de la forma en que esta circunstancia impacta negativamente su dignidad.

La misma deficiencia puede advertirse con respecto a las argumentaciones en torno al desconocimiento de la prevalencia del interés general, y de los derechos a la vida y a la salud. A juicio del actor, el legislador, sin ninguna base científica y técnica, optó por retirar la protección legal y constitucional de los aviadores, lo cual no puede explicarse sino por el interés de beneficiar a las empresas aéreas, que ya no tienen que efectuar las cotizaciones adicionales al sistema de seguridad social, en virtud de la medida legislativa atacada. Además, la norma genera una "vulneración del derecho a la vida que incrementa el riesgo ordinario de la actividad peligrosa de la aviación, consistente en no asegurar unas condiciones que deben gozar para eliminar o reducir la amenaza de la propia vida y la de sus pasajeros". Un eventual alivio económico para los empleadores, derivado de la adscripción de los trabajadores a un determinado régimen pensional, no puede configurar un cargo de inconstitucionalidad, ni esta circunstancia acredita el desconocimiento de la prevalencia del interés general. Asimismo, tampoco se explica cómo la adscripción de los trabajadores a un determinado régimen pensional puede afectar la vida, la salud y la integridad física de los aviadores y potenciar los riesgos inherentes a la aviación, ni cómo tales riesgos son evitables a través de unas reglas pensionales diferenciales.

Y frente al cargo por la presunta afectación del derecho a la igualdad, el accionante no realiza un análisis comparativo entre la aviación civil y las actividades contempladas en el artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, identificando las similitudes relevantes entre todas ellas, para derivar de allí la necesidad constitucional de que aquella se encuentre sometida al mismo régimen normativo de estas últimas.

3.1.2. De este modo, la Corte concluye que no es procedente el juicio de constitucionalidad propuesto por el demandante respecto del artículo 2 del Decreto 2090 de 2003, puesto que plantea asuntos ajenos a la verificación de la compatibilidad de la legislación con el ordenamiento superior, y puesto que en el proceso no se encuentran los insumos para la estructuración del juicio de constitucionalidad, vale decir, los elementos fácticos y probatorios que dan cuenta de la exposición de los aviadores a niveles de radiación ionizante que reduce su expectativa de vida saludable o hace necesario su retiro anticipado de la vida laboral, la indicación de los preceptos constitucionales que fueron vulnerados, y las razones de la incompatibilidad normativa..."

Corolario de lo anterior, sin lugar a más disquisiciones se confirmará la decisión absolutoria de primer grado; pero por las razones expuestas en precedencia y en consideración a que dentro del proceso no se aportó ninguna prueba que conduzca a la Sala a establecer que el demandante laboró en

actividades de alto riesgo. Igualmente, no hay prueba dentro del expediente que durante el tiempo que dice el demandante ha estado afiliado a Colpensiones, hubiera desempeñado una actividad catalogada como tal.

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,

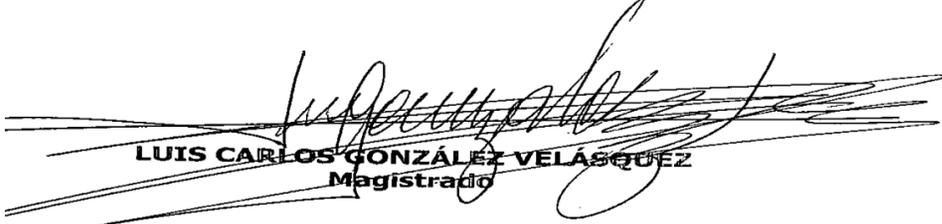
RESUELVE

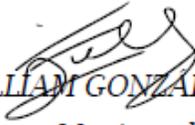
Primero.- Confirmar la sentencia consultada, conforme lo motivado en esta decisión.

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

Notifíquese a las partes en legal forma 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 MARÍA CRISTINA JIMÉNEZ ALFONSO LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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.

De igual manera, reconoce personería a la abogada Leidy Alejandra Cortes Garzón, quien se identifica con cédula de ciudadanía No. 1.073.245.886 y tarjeta profesional No. 313.452 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la AFP Protección Porvenir S.A., 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 y las AFP Porvenir S.A. y a Protección S.A. contra la sentencia proferida el 13 de enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Uno 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

María Cristina Jiménez Alfonso, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, o en subsidio la ineficacia del traslado, dada la omisión de las AFP accionadas en su deber de información y que su única afiliación válida es la realizada en el RPMPD. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los dineros contenidos en su cuenta de ahorro individual; debiendo esta última entidad aceptar dichos dineros, activar su afiliación y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 6 a8 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 16 de febrero de 1963; se afilió al RPMPD y cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 28 de febrero de 1983 hasta el 23 de julio de 1994 un total de 589 semanas; ya que en esta última fecha se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A. bajo una aparente decisión libre y voluntaria que no estuvo precedida de suficiente ilustración por parte del Fondo por lo que no existe consentimiento de libertad y voluntariedad; que durante su permanencia en el RAIS ha cotizado más de 1300 semanas, para un total de 1889 durante su vida laboral; indica que en la oportunidad correspondiente la AFP a la cual se encuentra afiliada no informó sobre la posibilidad de retornar al RPMPD cuando le faltaban más de diez años para acceder al derecho pensional, que Protección S.A. le informó que su pensión de vejez en el Fondo, al momento de cumplir los 57 años de edad podía ascender a \$828.116, mientras que el hacer el cálculo teniendo en cuenta las semanas cotizadas y el ingreso base de liquidación en el RPMPD puede ser de al menos

\$3.023.472; y que el 23 de agosto de 1998 solicitó ante Colpensiones y Protección S.A. solicitó anular su traslado al RAIS y la respectiva activación de su afiliación al RPMPD , las cuales 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 las pretensiones formuladas (fls. 95 a 111); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, indicando que de acuerdo con su historia laboral solo cuenta con 338,43 cotizadas al RPMPD y la reclamación presentada ante esa entidad; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar 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, buena fe, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección S.A. en el plazo legal describió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (escrito anexo en medio magnético fls. 129); frente a los hechos aceptó la afiliación de la demandante al RAIS, indicando que lo fue a través de la AFP Colmena S.A. hoy Protección S.A. el 23 de julio de 1994; y la reclamación presentada ante esa entidad y la respuesta negativa ofrecida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medio de defensa propuso las excepciones que denominó: falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva con Porvenir S.A., inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, 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 e 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.

El juzgado de conocimiento en el auto admisorio de la demanda ordenó vincular al proceso a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, entidad que notificada y corrido el traslado de rigor dio contestación, en escrito visto a folios 76 a 87 y 116), en el que se opuso a todas las pretensiones; frente a los hechos manifiesta que no los acepta por cuanto no le constan y deben ser demostrados en el proceso. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de ejercicio de la facultad de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones, la variación del monto de la pensión no constituye vicios del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión del bono pensional de la actora.

Por auto del 3 de agosto de 2020, con ocasión de la excepción previa propuestas por la AFP demandada, ordenó la vinculación de Porvenir S.A., quien, notificada dio respuesta a la demanda, en escrito incorporado en el cd de folio 129, en el que se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos manifestó que no le costa ninguno de ellos y uno es apreciación subjetiva del libelista. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 129) en la que declaró la nulidad del traslado de régimen de la demandante María Cristina Jiménez Alfonso, que realizó del RPMPD al RAIS, teniéndola como válidamente afiliada en primero; Condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, la totalidad de sumas de dinero que haya recibido por concepto de aportes de la demandante, junto con los rendimientos e intereses, sique sea posible descontar suma alguna de dinero correspondiente a gastos de administración o seguros, entre otros, a la AFP Porvenir S.A a que traslade a Protección S.A, y esta a su vez a Colpensiones la suma de dineros que descontó por concepto de gastos de administración y seguros de lo aportado por la demandante; ordenó a Colpensiones, a recibir a la

demandante en el RPMPD como si nunca se hubiera trasladado de régimen y condenó a las AFP demandadas por las costas del proceso y agencias en derecho y absolvió a la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y a Colpensiones de las demás pretensiones. Así mismo ordenó compulsar copias para que se investigue ante la Fiscalía a la señora María Cristina Jiménez Alfonso, por falso testimonio.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte el demandante y las demandadas AFP interpusieron recurso de apelación. La promotora concreta su inconformidad frente a la orden de compulsión de copias ordenada por el a quo indicando que en el interrogatorio de parte no se faltó a la verdad y si bien se presentó una contradicción en las respuestas a las preguntas 4 y 5, lo fue por una confusión frente a la formulación de las preguntas y no por ello debió procederse de esa manera.

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. indica que no se debió aceptar la nulidad del traslado de régimen ordenado con fundamento en el criterio jurisprudencial de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, debido a que no está demostrado un perjuicio a la demandante, no se encontraba ante una expectativa legítima y no era beneficiaria del régimen de transición, por lo que no se debió trasladar de manera automática la carga de la prueba a la AFP demandada para acreditar el cumplimiento en el deber de información, ya que correspondía era a la demandante demostrar que existieron vicios de consentimiento, razones por las que no se le debió imponer la condena a devolver los gastos de administración ya que estos 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 Protección S:A. para que ésta los traslade a Colpensiones, ya que estos tienen una destinación específica como 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 lo que pide revocar la condena que le fue impuesta, más aún cuando no fue ésta que provocó la nulidad.

A su turno a AFP Protección S.A, centra su inconformidad únicamente frente a la condena por la devolución de ellos gastos de administración indicando que ellos están contemplados legalmente en la en art. 20 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, art. 3 y estos se generaron por la buena administración que hizo la AFP de la cuenta de ahorro individual de la actora y al ordenarse se está constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y no sirven para financiar la pensión de vejez por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero, por lo que pide revocar la sentencia apelada en este aspecto.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las demandadas presentaron alegaciones en esta instancia. Colpensiones argumenta que la actora 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 espontánea; 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.

A su vez la AFP Protección insiste que no se debe condenar a la devolución de la comisión de administración teniendo en cuenta que son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993, el cual se usa para cubrir gastos de administración,

prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes, más aún cuando se obtuvo rendimientos por la buena gestión realizada en su cuenta de ahorro individual y de mantener la condena por este concepto ello constituye un enriquecimiento sin causa en favor de la administradora del RPMPD, por lo que pide revocar la decisión de primera instancia en este aspecto

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 parte demandante y por las AFP en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a la Administradora Colombiana de Pensiones.

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

La AFP Porvenir interpone recurso de apelación señalando que la parte actora no probó los supuestos de hecho que soportan las pretensiones de la demanda; no obstante 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 la AFP Porvenir S.A. tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, en razón a que como lo señala su mismo apoderado en el recurso, no fue esta quien propició el traslado al RAIS que debate. 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. efectuada el 23 de julio de 1994, con efectividad a partir del 1º de agosto del mismo año (cd fl 129), 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 y como quiera que la única condena que le fue impuesta a Porvenir S.A. se concreta al traslado de los gastos de administración a Protección S.A. para que esta a su vez los traslade a Colpensiones de lo cual se mostró inconforme. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

En relación a que no es procedente la nulidad del traslado, debido a que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, es de precisar que 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, 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 ya 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.

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

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 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 las AFP a las cuales estuvo vinculada la demandante 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 son de recibo los argumentos el argumento de las AFP 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 que fueron descontados por las AFP a las cuales estuvo afiliada la señora Jiménez Alfonso, 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 María Cristina Jiménez Alfonso 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 Colmena hoy Protección S.A., el 23 de julio de 1994, con efectividad a partir del 1° de agosto del mismo año (cd fls 129), 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 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.

Finalmente en cuanto a la inconformidad que presenta la parte demandante es de indicar que la orden del juez de compulsar copias para investigar las posibles conductas penales, es una facultad discrecional de los funcionarios para poner en conocimiento de los competentes los actos u omisiones que estimen podrían llegar a ser constitutivos de faltas, aunado que es deber general que tienen los funcionarios judiciales de denunciar al considerar que existe una circunstancia que constituye una conducta punible. Y en el evento que el ente investigador respectivo halle mérito para iniciar la actuación del caso, la misma

deberá adelantarse conforme a los procedimientos legales establecidos para tal fin, escenario natural ante el cual se puede ejercer los derechos de defensa y contradicción.

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 AFP recurrentes a favor de la demandante. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho.

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 SEGUNDO JEREMÍAS SANDOVAL POBLADOR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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

Reconócese personería al Dr. John Jairo Rodríguez Bernal quien se identifica con la cédula de ciudadanía No. 1.070.967.487 y Tarjeta Profesional. No. 325.589 del C. S de la J., como apoderado judicial de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, en la forma y para los efectos del poder general conferido (fls 9 y ss del cuaderno de Tribunal).

Notifíquese

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 AFP Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 27 de

enero de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

ANTECEDENTES

Segundo Jeremías Sandoval Poblador, 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 o ineficacia de su traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la AFP Porvenir S.A., dada la omisión de ésta en su deber de información y que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD con Colpensiones debiendo mantenerse su inscripción en esta. En consecuencia, condene a la citada AFP demandada a trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, al pago de la indemnización económica por los perjuicios materiales y morales que le fueron causados. Así mismo pide que se condene a las demandadas a lo probado ultra y extra petita, por las costas del proceso y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 5 a 9 del expediente digitalizado; se vinculó laboral y comenzó a cotizar en el RPMPD por servicios al sector público como trabajador de la Rama Judicial desde el 16 de septiembre de 1983 al 31 de octubre de 1985 y entre el 1° de julio de 1986 hasta el 30 de junio de 1999, ya que a partir del día siguiente se vinculó a la AFP Porvenir S.A.; por lo que ahora cuenta con 1760 semanas cotizadas, es beneficiario del régimen de transición. Señala que al momento de la suscripción de su afiliación al RAIS no se le informó sobre los efectos jurídicos, la asesora de la AFP solo le habló de las ventajas, pero no de las desventajas de su traslado, es decir, no recibió ningún tipo de información oportuna, certera, clara y en términos sencillos de interpretación sobre las ventajas o desventajas y consecuencias de la afiliación y traslado de régimen pensional, ni mucho menos objetiva de los efectos de esa decisión para su futuro pensional; nunca se le indicó que el hecho de trasladarse perdería los beneficios del RPMPD donde ostensiblemente su mesada pensional es mayor ya que podía pensionarse con el régimen anterior por ser beneficiario del régimen de transición; tampoco se le hizo comparación d

ellos regímenes pensionales, nunca se le detalló de manera comprensible la información necesaria al momento de la afiliación. Afirma que dentro de las pocas manifestaciones hechas por la asesora le indicó que se pensionaría de manera anticipada y con una mesada superior a la que podía obtener en el RPMPD, que Cajanal se iba a acabar y sus aportes se perderían y la única forma de recuperarlos era afiliándose al RAIS; que el 17 de agosto de 2016 solicitó a la AFP Porvenir S.A. una proyección de su mesada pensional y en respuesta del 22 del mismo mes y año le indicó que no obtendría pensión dejando de cotizar o manteniendo cotizaciones al 100% del tiempo, mientras que el calcularla de en el RPMPD conforme al tiempo cotizado y el ingreso base de cotización al momento en que cumplió los 63 años, sería de \$2.296.808, y entonces se dio cuenta que lo prometido no correspondía a la verdad, por lo que solicitó la nulidad de la afiliación el 25 de junio de 2018 y ante Colpensiones el 6 de julio del mismo año, obteniendo respuesta negativa de éstas.

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. 96 a 94 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos los acepta la fecha de nacimiento del promotor y los relacionados con la reclamación administrativa. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: validez de la afiliación al RAIS, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica.

A su turno, Porvenir S.A., en el plazo y en legal forma recorrió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente digitalizado expediente digitalizado, fl 122 a 130), en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra; frente a los hechos admitió la fecha de nacimiento, el traslado de régimen pensional a través de esa AFP, y la reclamación presentada por el actor, así como la respuesta negativa ofrecida; 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

Exp. No. 032 2018 00598 01

obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado del demandante el formulario de vinculación, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica.

Seguidamente ante solicitud formulada por la parte demandante, el juzgado de conocimiento por auto del 2 de septiembre de 2019, ordenó la vinculación al proceso a la Unidad Administrativa Especial de gestión pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad que notificada, dio contestación a la demanda oponiéndose a las pretensiones de condena; frente a los hechos manifestó no constarle y propuso las excepciones de fondo de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa e inexistencia de la obligación, 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, grabación de audiencia y acta incorporadas en el expediente digitalizado, en la que declaró probadas las excepciones de buena fe formulada por Colpensiones; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas formulada por Porvenir S.A. respecto de la pretensión indemnizatoria y la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la UGPP; declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el señor Segundo Jeremías Sandoval Poblador a través de la AFP Porvenir S.A., realizada el 30 de junio de 1999, así como su posterior traslado entre administradoras. En consecuencia condenó a la demandada AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales y a esta última a recibir al demandante como afiliado al RPMPD, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz; condenó a la AFP Porvenir S.A. en costas a favor de la demandante, y la absolvió de las demás pretensiones.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión del a quo, las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recurso de apelación, manifestando que no es procedente la nulidad o ineficacia del traslado ya que no se demostró por la parte demandante que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de la AFP; y por el contrario el afiliado suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación la cual se 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 de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante, aunado que existe contradicciones en su interrogatorio de parte. Así mismo indica que de mantenerse la declaratoria de nulidad, no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y seguro previsional 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, pues éstos tienen 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.

Por su parte Colpensiones indica que no participó en el traslado que el demandante realizó al RAIS; así mismo, el régimen pensional se encuentra contenido en la Ley 100/93 por lo que la demandante pudo acceder a dicha información en cualquier momento, que el demandante no demostró ningún vicio del consentimiento por lo que no tendría por qué proceder de la declaratoria de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia ordenar a Colpensiones que la tenga como su afiliado y como en el proceso se demostró que la afiliación del demandante³ al

Exp. No. 032 2018 00598 01

RAIS no estuvo precedida de la suficiente información, se debió condenar a la AFP por los perjuicios solicitados y de mantenerse allí podía ser la diferencia de la pensión que le podía corresponder en el RPMPD, por lo que pide se revoque la sentencia apelada y se absuelva de todas las pretensiones que afecta a esa entidad.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, únicamente 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 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.

CONSIDERACIONES

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Como antesala al análisis del problema jurídico planteado, se debe señalar que en casos como el aquí propuesto opera el principio de la carga dinámica de la prueba, esto es, que la parte a quien se le facilite probar los hechos debatidos o se encuentre en mejores condiciones de suministrar la prueba, es quien tiene esta carga procesal, contrario a la regla general de onus probandi incumbit actori; que si bien es un principio universal, lleva consigo en muchos casos

injusticia, en tanto que impone una carga imposible de cumplir, cuando quien la tiene no la suministra por astucia, aprovechándose del rigor de la norma, desconociendo que la finalidad del proceso es obtener la verdad de los hechos debatidos sin importar quién proporciona la prueba, ni quién sea el litigante más hábil. Es así, que en situaciones como las aquí controvertidas es la AFP demandada quien tiene la carga de probar que efectivamente al afiliado se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS, pues es la administradora la que tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional, como se verá más adelante.

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "no recibió ningún tipo de información oportuna, certera, clara y en términos sencillos de interpretación sobre las ventajas o desventajas y consecuencias de la afiliación y traslado de régimen pensional, ni mucho menos objetiva de los efectos de esa decisión para su futuro pensional", 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 el 30 de junio de 1999 con efectividad desde el 1° de agosto del mismo año (anexo allegado con la contestación de la demanda de la AFP Porvenir, expediente digitalizado fl. 132). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Pues bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que cuando trabajaba en el Juzgado Quince Penal Municipal de esta ciudad, lo visitaron unas promotoras de la AFP AFP Porvenir S.A., y le manifestaron que lo que más le convenía era trasladarse al RAIS con esa entidad ya que de permanecer en el RPMPD, sur aportes realizados a Cajanal se perderían y no se podían pensionar, mientras que el Fondo era muy sólido y allí podía pensionarse y con una mesada superior; pero no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro individual ni las consecuencias o beneficios de su traslado y solo le indicaban de manera insistente que iban a quedar mejor pensionados, que no se le informo sobre la posibilidad de obtener rendimientos financieros, ni de realizar aportes voluntarios, ni la posibilidad de regresar el régimen de prima media; que al conocer la cantidad de mentiras dada por las AFP y darse cuenta que allá no podía obtener pensión es lo que lo motiva a retornar a Colpensiones.

Las anteriores manifestaciones fueron reiteradas por el testigo Luis Carlos Pardo Baquero, quien manifestó que conoció de manera directa las circunstancias que rodearon el traslado de régimen pensional del demandante ya que estuvo presente ya que eran compañeros de trabajo y se dio cuenta que la asesora de la AFP tan solo le indicó que le convenía trasladarse al fondo privado ya que allí podía obtener una pensión mayor y a mas temprana edad y que las cotizaciones hechas a Cajanal se podían perder de no trasladarse ya que esa entidad de iba a liquidar, pero no se brindo información del régimen ni de la pensión que podía obtener.

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 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; precisando que contrario a lo

Exp. No. 032 2018 00598 01

manifestado por la recurrente no se evidencia contradicción en las manifestaciones hechas por el demandante en su interrogatorio y las realizadas por el testigo, por el contrario son claras y coincidentes en cuanto las circunstancias de modo y lugar en que se produjo la afiliación del acto a la AFP .

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 en los anexos allegados por la AFP encartada contenida en el expediente digitalizado en el folio 33 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 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 como se observa en los anexos allegados por la AFP encartada contenida en el expediente digitalizado (fl 33) 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

Exp. No. 032 2018 00598 01

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, por lo en contrario la misma representante legal de la AFP en su recurso insiste en que no existen pruebas del traslado diferentes al formulario, con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera. 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, 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 ya 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

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, por lo que no son

Exp. No. 032 2018 00598 01

atendibles los argumentos esbozados por Colpensiones en los alegatos presentado en esta instancia sobre el particular.

Finalmente frente al motivo de inconformidad que alega Colpensiones en el sentido que se debió condenar al pago de perjuicios, es de precisar que conforme lo previsto en el artículo 271 del de la Ley 100 de 1993, se trata de una sanción administrativa que podrá ser impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, o del Ministerio de Salud en cada caso, al empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca el derecho a la libre selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por la ley, la cual es libre y voluntaria por parte del afiliado (art. 12 ibidem), por lo que sin más miramientos se mantendrá la negativa de tal reconocimiento.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

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

Exp. No. 032 2018 00598 01

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL 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 JULIA ELSA SOLANO GUTIÉRREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LAS AFP PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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.

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Leidy Alejandra Cortes Garzón identificada con C.C. No. 1026288903 y T. P. No. 329738 del C. S. de la J. como apoderada de la AFP Protección S.A. en los términos y para los efectos del poder conferido (fls 7 a 11 del expediente de tribunal 160 vuelto y 161)

Notifíquese.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y AFP Protección S.A., contra la sentencia del 15 de diciembre de 2020, proferida 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.

ANTECEDENTES

Julia Elsa Solano Gutiérrez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a las AFP Protección S.A., y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, realizada a través de la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en octubre de 1997, con efectividad desde noviembre del mismo año, así como en traslado entre fondos realizado en 3 de agosto de 1998 con la AFP Colmena hoy Protección S.A. En consecuencia, se ordena el traslado a Colpensiones, junto con los aportes y rendimientos realizados, 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 4 y 5 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: a finales del 1997 los asesores de la AFP Colfondos S.A., le ofrecieron beneficios y condiciones superiores a las que podía obtener de permanecer en el ISS y en razón de ello el 14 de octubre de ese año se trasladó al RAIS, fondo en el que realizó aportes hasta el 30 de agosto de 1998, ya que realizó traslado entre fondos a la AFP Colmena hoy Protección S.A. donde ha permanecido desde el 1° de septiembre de ese año hasta el 30 de julio de 2018, por lo actualmente cuenta con 1.706 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. Señala que nació el 5 de febrero de 1960, el Ingreso base de cotización es aproximadamente de \$14.000.000 y Protección al realizar una proyección pensional le indicó que su mesada pensional para 2018 podía ser de \$1.386.793, mientras que el el RPMPD obtendría una mesada de \$3.848.230, con lo que se difiere un detrimento patrimonial y que el 4 de octubre de 2018 presentó solicitudes a las demandadas pidiendo la nulidad de la afiliación, 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, (fls. 116 a 120 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la innominada o genérica.

Por su parte la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías contestó en legal forma y dentro de término oponiéndose a los pedimentos formulados en su contra (fls. 146 a 158 del expediente digitalizado), aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento la afiliación al RAIS a través de ese fondo aclarando que la afiliación fue el 14 de octubre de 1998 y la efectividad del traslado se dio a partir del 1° de diciembre del mismo año, frente a los demás dijo no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a la AFP Colfondos S.A., prescripción de acción para solicitar la nulidad del traslado 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 a folios 177 a 188 del expediente digitalizado, en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó el traslado a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A., el número de semanas cotizadas 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: buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver las cuotas de

administración por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe reconocimiento y 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 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 anexo en el expediente digitalizado y acta, en la que declaró la ineficacia de la afiliación o traslado que hizo la demandante del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. con efectividad desde el 1° de diciembre de 1997, y no produjo ningún efecto jurídico entendiendo que nunca se separó del RPMPD, así como la ineficacia posterior afiliación a la AFP Protección S.A. En consecuencia, condenó a esta última a transferir al RPMPD administrado por Colpensiones, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración de manera indexada, durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, desde el 1 de octubre de 1998 hasta que se haga efectivo el traslado, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes; a la AFP Colfondos S.A. a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que tenía la demandante entre el 1 de diciembre de 1997 hasta el 30 de septiembre de 1998, junto con los rendimientos, comisiones por administración, así como el bono pensional que recibió de manera indexada, sin que le sea dable descontar dinero alguno que haya pagado por concepto de seguros de pensión de invalidez y sobreviviente; ordenó a Colpensiones que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada y condenó el costas a las AFP convocadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandas Colpensiones y AFP Protección la recurren, así: La AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena únicamente en los relacionado con 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 199, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, pues, éstos tienen 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 de la promotora, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados al ordenarse devolver los rendimientos y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.

A su turno, 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 más de 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.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, señalando que la decisión de primera instancia se encuentra

ajustada a derecho, ya que dentro del proceso se encuentra demostrado la falta de la AFP Colfondos S.A. en el deber de información al momento de su traslado de régimen pensional y se la decisión se encuentra ajustada al reiterado criterio jurisprudencial adoptado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, por lo que pide confirmar la decisión de primera instancia.

A su vez la AFP Protección insiste que no hay razón para que tenga a su cargo que trasladar los gastos de administración a Colpensiones, debido a que tienen destinación específica y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros de la afiliada, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual de la promotora, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensado.

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 AFP Protección S.A. y Colpensiones, en sus recursos de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN - 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 Colfondos 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 Colfondos S.A. efectuada el 14 de octubre de 1997, con efectividad a partir del 1º de diciembre del mismo año (fl 159 del expediente digitalizado), 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, es la AFP Protección S.A, quien presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar esta inconformidad, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

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

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.

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 de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la 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 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 Julia Elsa Solano Gutiérrez 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., el 14 de octubre de 1997, con efectividad a partir del 1° de diciembre del mismo año (fls 159 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 a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL 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 ARMANDO GÓMEZ MÉNDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, contra la sentencia del 27 de noviembre 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.

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

Armando Gómez Méndez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP

Exp. N° 020 2019 00677 01

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que se declare la nulidad e ineficacia de la vinculación al RAIS con la AFP demandada por vicio del consentimiento ante la falta en el deber de información; la validez de la afiliación al RPMPD con Colpensiones. Se ordene a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual, con los respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados, procesal y tramitar el traslado al RMPPD y se le condene a asumir las consecuencias económicas y legales por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría; y a Colpensiones a recibir los dineros que le sean trasladados, mantener la afiliación sin solución de continuidad y actualizar la historia laboral. 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: nació el 5 de enero de 1965, ha cotizado al sistema general de pensiones desde octubre de 1988 a junio de 1999 con el ISS hoy Colpensiones y desde julio de ese año con la AFP Colfondos S.A., con quien realizó su traslado del RPMPD al RAIS, afiliación que se realizó sin respetar su verdadera motivación, ya que se dio bajo una información no clara, ni oportuna, ni confiable, lo que generó desinformación para escoger la mejor opción respecto de su derecho pensional; la AFP no informó, ni explicó las diferencias existentes en cada régimen, los términos que tenía para trasladarse, la posibilidad de retracto, el capital necesario para obtener la pensión mínima, la imposibilidad de retornar al RPMPD cuando le faltare menos de diez años para obtener su pensión, ni mucho menos sobre las modalidades de pensión en ese régimen y la variación que podían tener dependiendo la modalidad por la que se adopte, lo cual lo condujo a error que afectó su voluntad en la decisión del traslado; indica que ante consulta realizada a esa AFP sobre el valor de mesada que podía recibir se enteró que ascendía al equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, mientras que al hacer el cálculo teniendo en cuenta el ingreso base de cotización y el número de semanas cotizadas la que puede obtener en Colpensiones asciende a \$1,156.483, esto es superior, observándose un detrimento patrimonial, pero antes no se le hizo ninguna proyección

Exp. N° 020 2019 00677 01

financiera, finalmente indica que la AFP en respuesta a la solicitud acepto que no cuenta con pruebas diferentes al formulario de afiliación y que presentó reclamación administrativa.

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. 70 a 105 del expediente digitalizado); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del demandante, su afiliación al Instituto de los Seguros Sociales, las semanas cotizadas al RPM, el traslado efectuado al RAIS a través de la AFP demandada; frente a los demás manifestó que no son ciertos o 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, Colfondos S.A, dentro del término legal correspondiente, a través de escrito visto a folio 114 del expediente digitalizado se allano a las pretensiones de la demanda conforme al art. 98 del CGP, aplicable por emisión del art. 145 del C. P. T. y S.S. y pide abstenerse de imponerle condena en costas.

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, en la que declaró la ineficacia del traslado

Exp. N° 020 2019 00677 01

del demandante del RPM administrado por Colpensiones, al RAIS administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, realizado en junio de 1999; que esta v válidamente vinculada en el RPM administrado por Colpensiones. En consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado Armando Gómez Méndez, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones EICE y los bonos pensionales si los hubiese; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas y condenó en costas a Colpensiones.

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 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, por lo que pide se revoque la sentencia apelada y se absuelva de todas la pretensiones.

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

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

Exp. N° 020 2019 00677 01

ACLARACIÓN PREVIA

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 56 años de edad conforme se extracta de la fotocopia de la cedula de ciudadanía vista a folio 23 del expediente digitalizado; sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad de traslado realizado en junio de 1999, 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), pues es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS efectuada a Colfondos, y de la posterior afiliación a Colfondos S.A., decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces,

Exp. N° 020 2019 00677 01

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.

Pues bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original. 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 Colfondos S.A., junto con sus respectivos rendimientos, y gastos de administración; se aclara que no se trata de un traslado del RAIS al RPM, sino de la nulidad del mismo, es decir queda inexistente el traslado, por ello no operan los mismos efectos, y la AFP está obligada a devolver toda la cotización, además de los rendimientos, sin descuentos alguno, 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.

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

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.

Exp. N° 020 2019 00677 01

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.

Las partes quedan notificadas en estrados.


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 JULIA ELENA GUTIÉRREZ DE PIÑERES JALILIE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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,

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Aida el Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 37.627.008 y Tarjeta Profesional. No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido (fls 204 vuelto).

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Protección S.A., contra la sentencia del 16 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Décimo 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

Julia Elena Gutiérrez De Piñeres Jalilie, 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 nulidad de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS, administrado por la AFP Protección S.A., ante la omisión en el deber de información de ésta y que se encuentra válidamente afiliada en el RPMPD. En consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual como los bonos, rendimientos, comisiones, etc, y a esta última a aceptar el traslado al RPMPD y reactivar la afiliación, sin solución de continuidad, recibir los dineros trasladados y contabilizarlos en su historia laboral. Se condene a las demandadas lo que resulte probado ultra y extra petita y por las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 56 y 57 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 27 de junio de 1963; se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones como trabajadora dependiente el 28 de junio de y realizó 93.71 semanas de cotización hasta el 30 de noviembre de 1994; que el 1º de abril de 1995 se afilió al RAIS con la AFP Protección S.A., pero esta no le informó sobre las implicaciones de su traslado, la naturaleza el régimen, sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, los distintos escenarios comparativos de pensión en cada régimen a pesar de tener conocimiento sobre el número de semanas cotizadas en el RPMPD y el valor del salario que percibía en ese momento y no le indicó las ventajas de quedarse en éste. Agrega que durante su permanencia en el RAIS no recibió información profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas de pensión y que el 26 y 30 de julio de 2018 presentó reclamación administrativa ante Colpensiones y solicitud a la AFP solicitando la anulación del traslado de régimen y éstas le respondieron 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 las pretensiones formuladas en su contra, (fls. 90 a 95); en cuanto a los hechos aceptó la fecha

de nacimiento de la demandante, su afiliación al ISS hoy Colpensiones en el RPMPD y los relacionados con la reclamación administrativa; frente a los demás manifestó que no le constan y son apreciaciones subjetivas de la actora. Como excepciones propuso las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir 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 a folios 115 a 132 del instructivo, en el que se opuso todas las pretensiones formuladas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la afiliación al RAIS aclarando que la suscripción del formulario fue el 9 de marzo de 1995 con efectividad a partir del 1° de abril del mismo año y los relacionados con la reclamación de nulidad que fue respondida en forma 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 por falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia y acta anexas en el expediente a folio 194) en la que declaró la ineficacia de la afiliación que hizo la demandante del RPMPD al RAIS a través de la AFP Protección S.A. mediante la afiliación suscrita el 9 de marzo de 1995 y ordenó su regreso automático sin solución de continuidad al RPMPD administrado por Colpensiones, debiendo ésta recibir y restablecer afiliación señora Julia Elena Gutiérrez De Piñerez Jalilie; condenó a la AFP Protección S.A. a hacer entrega Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, los rendimientos que se hubieren causados, realizando la devolución de los gastos o cuotas de administración con los documentos correspondientes y a Colpensiones a que una vez ingresen los valores imputar y actualizar las semanas cotizadas en la historia laboral de la promotora,

declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas y condenó en costas a la AFP demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo la demandada AFP Protección S.A. la recurre indicando que es procedente la nulidad o ineficacia del traslado ya que no se demostró por la parte demandante que la afiliación hubiese estado precedida por vicios del consentimiento, concretamente que haya existido dolo por parte de la AFP; y por el contrario el afiliado suscribió de la manera libre y voluntaria el formulario de afiliación y del mismo se extrae que la entidad cumplió con del deber de información. 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 de demostrar que cumplió con su deber de información cuando solo se cuenta con el formulario de marras, en tanto la demostración de los supuestos fácticos estaba en cabeza de la parte accionante, quien además no es lego y podía conocer de los cambios en el régimen de pensiones. Así mismo indica que no se debe ordenar la devolución lo descontado por gastos de administración debido a que éstos están establecidos en la Ley 100 de 1993, nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, y 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 por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual de la promotora, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta, por lo que pide revocar la sentencia apelada.

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, argumenta que la actora 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 espontánea; 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. (fls 201 a 204).

A su vez la parte demandante pide conformar la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que ésta se sustentó en los parámetros jurisprudenciales establecidos por la sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, sobre el deber de información que tienen las AFP al momento del traslado y en el caso particular, no se demostró haber suministrado una información completa, veraz, clara, precisa, técnica, adecuada y oportuna, para tomar la decisión de traslado de régimen (fls 217 a 221).

CONSIDERACIONES

Atendiendo el texto del artículo 66 A del CPT y SS, procede la Sala a analizar el aspecto planteado por la demandada AFP Protección S.A. en su recurso 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 los reparos aducidos por Colpensiones en las alegaciones presentadas en esta instancia, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, 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, asistiéndole razón en tal aspecto, ya que es un hecho indiscutible que en la actualidad la promotora cuenta con 57 años de edad, conforme se establece con la fotocopia de su cédula de ciudadanía (fl. 3); sin embargo, la corporación reitera, como lo ha dicho en sin número de casos, que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado realizado al RAIS a través de la AFP Protección S.A., 9 de marzo de 1995, con efectividad a partir del el 1° de abril de la misma anualidad (fls 133 y 134), 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. Como los otros aludidos, ya que como ésta misma lo manifiesta no participó en el trámite del traslado.

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 le informo sobre las implicaciones de su traslado, la naturaleza el régimen, sobre las desventajas de afiliarse al RAIS, los distintos escenarios comparativos de pensión en cada régimen a pesar de tener conocimiento sobre el número de semanas cotizadas en el RPMPD y el valor del salario que

percibía en ese momento y no le indicó las ventajas de quedarse en éste”, 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 distinciones de que éstos tengan o no algún beneficio adicional al momento del reconocimiento pensional, expectativa de la pensión de vejez, conocimientos especializados o determinado tiempo en dicho régimen, en tal sentido la Sala procederá a analizar los medios probatorios allegados al proceso. Ya que lo que se debe analizar es la información que se debió dar por la AFP al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 9 de marzo de 1995 con efectividad desde el 1° de abril del mismo año (fl. 133 y 134). Precizando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP 1° 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 trabajaba en la empresa Laminas del Caribe del grupo Corona su gerente les hizo una reunión en la que se presentaron varios asesores de la AFP Protección S.A., y les manifestaron 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 y no se podían pensionar, mientras que el Fondo era muy sólido y el que mejor rentabilidad podía ofrecer y por ser una empresa antioqueña era la mejor a la que se podían afiliar; pero no recuerda que le hubiesen dado información sobre el régimen pensional de ahorro

individual ni las consecuencias o beneficios de su traslado y solo le indicaban de manera insistente que iban a quedar mejor pensionados, que no se le informo sobre la posibilidad de obtener rendimientos financieros, ni la posibilidad de regresar el régimen de prima media; que al conocer la cantidad de mentiras dada por las AFP y darse cuenta que su pensión era mínima es lo que lo motiva a retornar a Colpensiones. Finalmente indica que al momento de su traslado hubo engaño 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.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, por demás escaso, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP Protección S.A., al acoger como afiliado al 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 en los anexos allegados por la AFP encartada contenida en el folio 133 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 Protección 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 como se observa en el folio 133 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, lo único con lo que se cuenta 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. , 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 ya 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.

Tampoco son de recibo las afirmaciones hechas por la representante judicial de la AFP en la alzada en el sentido de que el demandante no se trata de un afiliado lego y debía tener información sobre el sistema general de pensiones y las particularidades de cada régimen; en razón a que conforme lo manifestó ésta no tenía conocimiento sobre los regímenes pensionales.

Se debe, asimismo, señalar que, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (art. 1746 CC). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y la demandante, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay

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.

lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción la Sala advierte que el artículo 48 de la Carta Política, define a la seguridad social como un derecho irrenunciable regido por el principio de progresividad, de modo que, estando en juego un tema de tal trascendencia como el régimen pensional aplicable a la demandante y, de contera, los requisitos para acceder al

reconocimiento de un derecho pensional, en últimas, es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

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

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la recurrente AFP Protección S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho.

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 EDGAR ALFONSO BUSTOS DÍAZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 26 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Edgar Alonso Bustos Díaz, por intermedio de apoderada judicial, demandó a Colpensiones, Protección S.A. y a Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP Colfondos en su deber de información. En consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y mantener su afiliación sin solución de continuidad desde el 18 de octubre de 1989. De igual manera, se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas del proceso.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 8 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 12 de mayo de 1959; desde el 18 de octubre de 1989 hasta el 11 de mayo de 1994 cotizó al ISS un total de 169 semanas; en mayo de 1996 fue visitado en su sitio de trabajo por asesores de Colfondos S.A., quienes le ofrecieron beneficios superiores a los que recibiría en el RPMPD; nunca se le brindó información que le permitiera decidir libremente trasladarse de régimen; los asesores de la época le ocultaron las diferencias existentes entre un régimen y otro, manifestándole que el ISS se iba a acabar y que nadie respondería por sus aportes; en el 2015 se afilió a Protección S.A.; acredita un total de 1.218,15 semanas cotizadas; el 27 de julio de 2018 solicitó ante Protección S.A. y Colpensiones declarar nulo el traslado de régimen pensional y el retorno al RPMPD, obteniendo respuestas negativas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 145 a 150); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su inicial vinculación al ISS, las reclamaciones presentadas y las respuestas negativas obtenidas; sobre los restantes manifestó que no lo constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción,

presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, y la genérica.

A su turno, Colfondos S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls.161 a 183); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, y la innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 213 a 220); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, su afiliación a esa AFP en el año 2015, 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 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.

Por auto del 12 de noviembre de 2019 se ordenó vincular al trámite a la AFP Porvenir S.A., quien contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda (fls. 326 a 345); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 402) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, con destino a la AFP horizonte, hoy Porvenir S.A., el 9 de mayo de 1994. Ordenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros, a reactivar la afiliación del demandante y a acreditar todas las semanas efectivamente cotizadas,

teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado de régimen. Declaró no probadas las excepciones propuestas; absteniéndose de imponer condena en costas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las demandadas presentaron alegatos en esta instancia, así: Protección S.A. argumentó que todas sus actuaciones han estado precedidas de buena fe y legalidad; que el demandante contó con diferentes oportunidades para retornar al RPMPD y no lo hizo; además se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo que no puede trasladarse de régimen.

Colpensiones afirmó que en el presente asunto no se configuran los presupuestos de hecho para declarar la ineficacia del traslado, toda vez que al actor se le brindó información veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes.

Por último, Porvenir S.A. indicó que el traslado de régimen pensional del accionante se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones, tal como lo expresa el formulario de afiliación. Agregó que cumplió con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

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

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

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE RÉGIMEN

Se hace preciso señalar, que en primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS efectuada por intermedio de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., decisión que no que fue objeto de reparo por parte de dicha

Administradora de Fondos de Pensiones, mostrándose conforme al respecto; razón por la cual, 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 en el sub lite; precisando que era Porvenir S.A, quien tenía la información que debió suministrar al demandante, por ser la que promovió su afiliación al RAIS.

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 a dicho régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. Lo que implica para Colpensiones que deba mantener la afiliación del actor como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir los dineros trasladados por Protección S.A. y actualizar la historia laboral de Edgar Alonso Bustos Díaz, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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.

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 consultada en este sentido.

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.

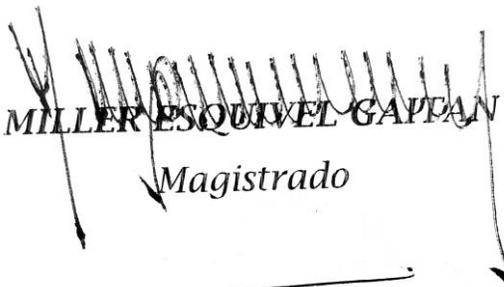
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

Primero.- *Confirmar la sentencia consultada.*

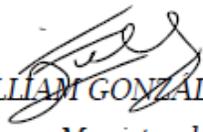
Segundo.- *Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.*

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 ÓSCAR NAVARRO PELÁEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 noviembre de 2020, por el Juzgado Veintinueve 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

Óscar Navarro Peláez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A. para que se declare que en el mes de enero de 2003 solicitó ante el ISS, hoy Colpensiones, su traslado al RPMPD, esto es, faltándole más de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión. En consecuencia, se condene a Colpensiones a aceptar su traslado de régimen pensional; y se ordene a Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes y rendimientos que posea en su cuenta de ahorro individual. De igual manera, se condene 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 116 a 119 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 7 de octubre de 1957; el 19 de noviembre de 1985 se afilió al ISS; a raíz de una mala asesoría, se trasladó a Porvenir S.A. el 1° de mayo del 2000; en enero de 2003 solicitó regresar al ISS, sin obtener respuesta alguna; ante la negativa de Colpensiones de dar trámite a su solicitud, se vio obligado a radicar varias quejas ante la Superintendencia Financiera y una acción de tutela; mediante comunicación del 31 de diciembre de 2014 Porvenir S.A. le informó que se había resuelto el conflicto de multifiliación logrando establecer que se encontraba válidamente vinculado a Colpensiones; el 5 de febrero de 2018 recibió una comunicación en la que las accionadas le informaban que su situación pensional había sido reevaluada, concluyendo que era un afiliado del RAIS.

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. 137 a 142); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor y su inicial vinculación al ISS; sobre los restantes manifestó que no le consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, y la genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda

(fls. 171 a 181); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 224) en la que declaró como válido el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante en el año 2003 del RAIS, administrado por Porvenir S.A., al RPMPD. Ordenó a Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del actor, por concepto de cotizaciones y rendimientos. Ordenó a Colpensiones a recibir dichos dineros y a actualizar la historia laboral del accionante. Se abstuvo de imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación insistiendo en que se condene en costas a Colpensiones, ya que esta entidad demoró más de 10 años en dar respuesta a la solicitud de traslado, ocasionándole un perjuicio, al punto que fue necesario presentar quejas ante la Superintendencia, interponer una tutela y adelantar el presente proceso para obtener respuesta a lo peticionado.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegaciones en esta instancia, las cuales no guardan ninguna relación que el problema jurídico que aquí se debate, en tanto se limitó a indicar que el asesor de Porvenir S.A. le suministró

al actor información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos del traslado de régimen, razón por la cual no se configuran los presupuesto 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 el demandante al momento de sustentar su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

DE LA VALIDEZ DEL TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Se encuentra acreditado en el proceso que el 19 de noviembre de 1985 Óscar Navarro Peláez se afilió al ISS, hoy Colpensiones, y el 1° de mayo del 2000 se trasladó a Porvenir S.A.; conforme se establece con las certificaciones expedidas por las accionadas (fls. 20, 21, 60 y 162) y con las historias laborales del actor (fls. 39 a 57).

También está probado que en el año 2003 el promotor de la Litis radicó solicitud de afiliación al ISS, sin que sea posible establecer con certeza la fecha exacta de presentación del formulario de vinculación, pues del mismo sólo resulta legible que se radicó en la referida anualidad, en la oficina de Bulevar Niza, a las 5:10 pm (fl. 19).

Planteadas así las cosas, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar si resulta procedente aceptar el traslado de régimen pensional solicitado por el actor en el año 2003 al suscribir el formulario de afiliación al ISS, hoy Colpensiones.

Pues bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993, “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional”.

La norma en cita fue modificada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, el cual establece que “Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial”. Esta última disposición entró a regir el 29 de enero de 2003.

Siendo ello así, resulta claro para la Sala que la solicitud de afiliación al ISS presentada por el actor en el año 2003, desconoce los términos establecidos en las disposiciones antes transcritas. En efecto, en caso que la solicitud se hubiese presentado antes del 29 de enero de 2003, esto es, en vigencia de la Ley 100 de 1993, no se cumplen los 3 años exigidos por dicha norma; y si se hubiese presentado con posterioridad a dicha data, tampoco logra acreditar los 5 años de que trata la Ley 797 de 2003.

No obstante lo anterior, no puede pasarse por alto que los días 30 de agosto y 30 de octubre de 2012 el ISS certificó que Navarro Peláez se encontraba afiliado a esa entidad y su estado era “Activo Cotizante” (fls. 20 y 21); asimismo, mediante comunicación recibida por el actor el 31 de diciembre de 2014 Colpensiones le informó que “se dio solución al conflicto de multifiliación frente al Sistema General de Pensiones el 23 de Diciembre de 2014 lográndose establecer que usted se encuentra válidamente vinculado a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones)” (fl. 35). De igual manera, está probado que las cotizaciones realizadas por el accionante entre el 2003 y el 2012 fueron recibidas por Colpensiones, salvo las del ciclo noviembre de 2006, las cuales fueron pagadas a Porvenir S.A. (fls. 39 a 57 y 165). Posteriormente, la AFP accionada, a través de comunicación del 31 de enero de 2018 le informó al promotor de la Litis que “De acuerdo a la re-evaluación realizada por ambas administradoras a su caso definido en el comité de multifilación del 21 de enero de 2015 [...] su vinculación válida al Sistema General de Pensiones es con la AFP Porvenir” (fl. 36).

Frente a lo anteriormente expuesto, cumple recordar que, en los términos del artículo 16 de la Ley 100 de 1993, “Ninguna persona podrá distribuir las cotizaciones obligatorias entre los dos Regímenes del Sistema General de Pensiones”. Entonces, como el accionante realizó aportes pensionales tanto a Colpensiones como a Porvenir S.A. por el periodo comprendido entre los años 2003 y 2012, es claro que se presentó un caso de multifiliación.

En este orden de ideas, el Decreto 3995 de 2008 reguló los diferentes casos de multifiliación que no se habían evidenciado con anterioridad dada la carencia de procesos tecnológicos que permitieran identificar oportunamente la múltiple vinculación de un afiliado, cuyos artículos 1° y 2° establecen:

“ARTÍCULO 1o. AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.

A las personas que, después de un año de entrada en vigencia la Ley 797 de 2003, se trasladaron al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) faltándoles 10 años o menos para tener la edad exigida para tener derecho a la pensión en este régimen, se les aplicará lo que establecen los artículos 7o, 8o y 12 del presente decreto.

PARÁGRAFO. Se excluyen de la aplicación del presente decreto:

- 1. Las personas cuya situación de múltiple vinculación haya sido decidida conforme a las normas vigentes antes de la entrada en vigencia del presente decreto.*
- 2. Las personas a quienes a la entrada en vigencia del presente decreto se les haya reconocido una pensión del Sistema General de Pensiones, o quienes tengan los requisitos de pensión cumplidos en alguno de los dos regímenes.*
- 3. Los afiliados que desempeñen actividades de alto riesgo de acuerdo con el artículo 9o del Decreto - Ley 2090 de 2003.*

ARTÍCULO 2o. AFILIACIÓN VÁLIDA EN SITUACIONES DE MÚLTIPLE VINCULACIÓN.

...

Para definir a qué régimen pensional está válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1o de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1o de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación”.

En este sentido, atendiendo que el estado de múltiple vinculación de Navarro Peláez se presentó desde el 2003 hasta el 2012, la situación de multifiliación debió resolverse bajo los parámetros de la norma antes citada, la cual establece que debe tenerse como válida la vinculación a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones desde 1° de julio hasta el 31 de diciembre de 2007. Así, como el demandante sólo aportó al ISS durante ese periodo, según se infiere de la historia laboral consolidada de Porvenir S.A. (fl. 165) y del reporte de semanas cotizadas de Colpensiones (fls. 39 a 57), se impone concluir que es válida la afiliación al RPMPD.

Aunado a lo anterior, frente a estos asuntos en los cuales se ha suscitado multifiliación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado la figura de la aceptación tácita de la afiliación, la cual define en los siguientes términos:

“cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de afiliación o vinculación y al tiempo ésta recibe el pago de aportes por un periodo significativo se da una manifestación explícita de la voluntad del afiliado aceptada por la administradora que lleva a que no pueda perder su derecho a la pensión” (sentencias con radicados N° 46106 del 4 de junio de 2002, N° 40531 de 19 de julio de 2011 y N° 46404 del 30 de septiembre del año 2015).

Y más adelante puntualizó:

“no es una circunstancia razonable que para un afiliado que haya cotizado de manera continua de buena fe y con la convicción firme que estaba afiliado a un régimen de pensiones se le modifique intempestivamente e inconsultamente su régimen acudiendo a una afiliación anterior que en la realidad no surtió ningún efecto y que superó por más cotizaciones constantes y permanentes; esas cotizaciones prolongadas expresan la voluntad del administrado y su recepción pacífica por la administradora se traduce en su aceptación tácita”.

Ahora, teniendo en cuenta que, con ocasión a la determinación tomada por las entidades de seguridad social demandadas, se dispuso que el señor Navarro Peláez se encontraba válidamente afiliado al RAIS, lo que implicó el traslado de aportes por parte de Colpensiones a la AFP Porvenir S.A.; y al determinarse a través de este proceso que el actor se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones, esta declaración trae consigo como consecuencia inmediata la devolución de los dineros recibidos por parte de Porvenir S.A. por concepto de cotizaciones y rendimientos; como acertadamente lo concluyó el a quo.

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de validez de la afiliación del actor en el RPMPD, implica para Colpensiones como administradora de dicho régimen que deba recibir las sumas trasladadas por la AFP Porvenir S.A. y actualizar su historia laboral, tal como lo concluyó el fallador de primer grado.

Las anteriores son razones suficientes para confirmar la sentencia apelada y consultada en este aspecto.

CONDENA EN COSTAS

Finalmente, considera la Sala que es viable imponer condena en costas de primera instancia en contra de Colpensiones, puesto que a lo largo del proceso ha presentado oposición a las pretensiones de la demanda, siendo éstas la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar la parte que obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, cuya condena tiene por finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

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

“(...)

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

Bajo tales presupuestos, al haber prosperado las pretensiones de la demanda, es viable que la demandada Colpensiones asuma el pago de las costas procesales, por tanto, se revocará la absolución impartida en primera instancia frente a este punto.

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

RESUELVE

Primero.- Revocar el ordinal cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada para, en su lugar, condenar a Colpensiones al pago de las costas de primera instancia.

Segundo.- Confirmar en lo demás la decisión apelada y consultada.

Tercero.- Sin costas en 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 SANDRA PATRICIA ESCOBAR LORA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 25 de noviembre de 2020, por el Juzgado Diecinueve 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

Sandra Patricia Escobar Lora, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Protección S.A., Porvenir S.A. y a Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP Porvenir en su deber de información. En

consecuencia, se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales realizados, junto con sus respectivos rendimientos; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros. De igual manera, se condene 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 4 a 6 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 31 de octubre de 1966; el 25 de junio de 1991 se vinculó al ISS; el 29 de abril de 1994 se trasladó al RAIS, por intermedio de la AFP Porvenir; el asesor de la época le indicó que al trasladarse al RAIS no perdería ningún beneficio, además podría pensionarse antes de la edad requerida, tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y recibiría una pensión en un monto más alto a la que correspondería en el ISS; el asesor de Porvenir S.A. no le brindó un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS; el 4 de octubre de 2010 se afilió a Colfondos S.A.; el 1° de octubre de 2014 se trasladó a Protección S.A., AFP a la cual se encuentra actualmente afiliada; ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.354,14 semanas; el 17 de enero de 2018 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa ese mismo día.

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 129); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al ISS, su actual afiliación a Protección S.A., la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 141 a 148); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y su traslado a esa AFP en el año 1994; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó

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

A su turno, Colfondos S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 196 a 224); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la accionante y su afiliación a esa AFP en el año 2010; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe, y la innominada o genérica.

Por último, Protección S.A. presentó contestación de demanda, oponiéndose igualmente a las pretensiones formuladas (fls. 246 a 253); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su actual vinculación a esa AFP y el total de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó improcedencia de declaratoria de nulidad de traslado al RAIS por demostrarse asesoría brindada por la AFP Protección S.A., declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de la demandada AFP Protección S.A., prescripción, y la genérica.

Mediante proveído del 2 de abril de 2019 se ordenó vincular al trámite a Old Mutual S.A. (C.D. fl. 301), quien contestó oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra (fls. 326 a 340); frente a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 423) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, con destino a Porvenir S.A., el 29 de abril de 1994, y los traslados posteriores a las AFP Old Mutual S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. Declaró que Sandra Patricia Escobar Lora se encuentra válidamente vinculada al RPMPD, administrado por Colpensiones, desde el 25 de junio de 1991 hasta la actualidad. Condenó a Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración. Absolvió a las demandadas de las restantes pretensiones formuladas en su contra; absteniéndose de imponer condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las demandadas Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones interponen recursos de apelación, así: Colfondos S.A. argumentó que no se probó la existencia de un vicio en el consentimiento, pues lo que se acreditó es que la demandante incurrió en un error de derecho. Agregó que la actora ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al trasladarse de una administradora a otra. Indicó que esa AFP siempre ha actuado de buena fe; que la accionante siempre ha tenido la posibilidad de obtener información suficiente, clara y veraz por parte de Colfondos; y que al momento de su afiliación a esta última, se cumplió cabalmente con el deber de información.

Protección S.A. aduce que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos se causaron por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, generando altos rendimientos. Agregó que los gastos de administración fueron descontados conforme a la ley, y que en caso de trasladar dichos dineros a Colpensiones se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

Colpensiones afirmó que debe estudiarse cada caso en particular, y dado que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, no le es posible retornar al RPMPD en cualquier tiempo. Añadió que no se probó ningún vicio en el consentimiento, por el contrario, se logró acreditar que la accionante tenía la voluntad de permanecer en el RAIS, la cual ratificó al trasladarse entre las cuatro AFP, en las cuales tuvo la oportunidad de informarse sobre su derecho pensional. Indicó que en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se causaría un desfinanciamiento en el sistema pensional.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegaciones en esta instancia, solicitando que se confirme la decisión de primer grado, por cuanto las accionadas no lograron acreditar el cumplimiento del 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.

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 “no se le brindó un análisis juicioso y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS”, 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 29 de abril de 1994. Precizando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte afirmó que en abril de 1994 fue visitada en su sitio de trabajo por un asesor de Porvenir quien, en una reunión grupal adelantada en la sala de juntas, le explicó que la mejor opción en ese momento era pasarse a los fondos privados porque el ISS se iba a acabar y no podría pensionarse. Dijo que toda la información brindada en la asesoría fue general y no realizaron simulaciones. No recuerda haber recibido información sobre la cuenta de ahorro individual, ni sobre las modalidades de pensión en el RAIS.

Una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, por demás escaso, 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 35 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 35 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). Así, al dejarse sin valor y efecto la afiliación al RAIS, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber

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.

pertenecido al régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su a su estado original; sin que pueda dársele ningún tipo de validez al movimiento entre administradoras del RAIS; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, así como los rendimientos generados 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 Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colfondos S.A. relativas a que se trató de un error de derecho, 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 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 Protección S.A., incluidos los gastos de administración y los rendimientos generados, 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 Colfondos S.A., Protección S.A. y Colpensiones. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de 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 MARCO VERO POLO RESTREPO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 17 de julio de 2020, por el Juzgado Dieciocho 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

Marco Vero Polo Restrepo, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Colpensiones y a Porvenir S.A. para que se declare la nulidad de su traslado al RAIS, dada la omisión de la AFP accionada en su deber de información. En consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales realizados; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 4 y 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: estuvo afiliado a Cajanal entre mayo de 1981 y octubre de 1995; cotizó al ISS de octubre de 1993 a mayo de 1996; en junio de 1996 fue abordado por asesores de Porvenir S.A. quienes le manifestaron que el ISS sería liquidado, y que en el fondo privado se pensionaría a la edad que quisiera; no recibió por parte de la AFP accionada la adecuada información sobre el funcionamiento del sistema pensional; ha cotizado 782 semanas en el RPMPD y 1.135 en el RAIS, para un total de 1.917 semanas de aportes; realizó los trámites para su traslado de Porvenir S.A. a Colpensiones, sin obtener resultado favorable.

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. 63 a 69); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación del actor al ISS entre 1993 y 1996, los trámites adelantados por éste para retornar al RPMPD y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica.

Porvenir S.A. no se pronunció sobre el escrito de demanda, pese a que fue debidamente notificada; razón por la cual mediante proveído del 14 de enero de 2020 se le tuvo por no contestada (fl. 85).

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. 86) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, con destino a Porvenir S.A., el 22 de mayo de 1996. Declaró que el actor siempre ha permanecido en el RPMPD. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del accionante, junto con sus rendimientos

financieros y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados. Declaró no probadas las excepciones propuestas; 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 no se probaron los supuestos de hecho para declarar la ineficacia del traslado, pues no se demostró un actuar doloso de su parte; por el contrario, quedó acreditado que el actor firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria teniendo como sustento la información suministrada por los asesores de la época. Agregó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo que no puede trasladarse de régimen; aunado al hecho que no cumplió con su deber como consumidor financiero. Indicó que no es posible devolver los gastos de administración, pues estos se causaron por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual del afiliado, generando altos rendimientos; y en todo caso, son sumas que no están destinadas a incrementar la mesada pensional, por lo que se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo; y en caso de trasladarlas a Colpensiones, se generaría un enriquecimiento sin causa.

Por su parte, Colpensiones adujo que no hay lugar a declarar la ineficacia del traslado, toda vez que no se probó un vicio en el consentimiento. Añadió que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo que no puede trasladarse de régimen. Afirmó que el promotor de la Litis no puede excusarse en su propia negligencia; y que la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema, generando un detrimento patrimonial.

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.

ACLARACIÓN PREVIA

Previamente, la Sala considera necesario referirse a una de las inconformidades planteadas por las demandadas en sus recursos, que no es otra que la referente a la restricción de traslado de la parte demandante, debido a que insisten 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 el demandante cuenta con 66 años de edad, acorde con la copia de su cédula de ciudadanía visible a folio 19 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 22 de mayo 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 las demandadas.

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 recibí por parte de la AFP accionada la adecuada información sobre el funcionamiento del sistema 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 hoy Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 22 de mayo 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, el promotor de la Litis, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que, para la época en que se dio el traslado de régimen, el ISS venía presentando una serie de inconsistencias y las AFP aprovecharon esa coyuntura. Agregó que no recibió información sustentada previo al traslado.

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

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 40 del expediente y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, pues la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que realizo de forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la AFP Porvenir S.A., conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 40 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). 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del accionante, con sus respectivos rendimientos, así como los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia 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.

precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el 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 del promotor, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativos a que el actor no puede excusarse en su propia negligencia y que no cumplió su deber como consumidor financiero, 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 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 y los rendimientos generados, 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 el accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva.

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

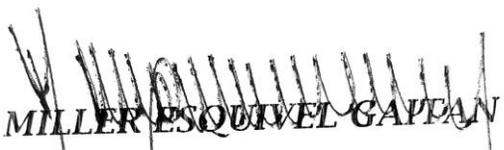
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

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

Segundo.- *Costas en esta instancia a cargo de las accionadas. 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.*

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 SAIR SALGADO HIGUITA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 2 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Sair Salgado Higueta, por intermedio de apoderado judicial, demandó a Porvenir S.A. y a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que se condene al reconocimiento y pago de la devolución saldos, de conformidad con el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, junto con la indexación de las sumas, y las costas.

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 26 de octubre de 1955, por lo que cumplió los 57 años de edad los mismos día y mes de 2012; prestó sus servicios a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca desde el 11 de junio de 1979 hasta el 7 de enero de 1982; cotizó al ISS desde el 22 de abril de 1991 hasta el 30 de noviembre de 2005; posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., entidad ante la cual solicitó la devolución de saldos; el 8 de octubre de 2014 la AFP Porvenir realizó la devolución de saldos en una única suma de \$3.157.513,00; la AFP accionada no efectuó la devolución del bono pensional por los tiempos laborados y cotizados en la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca y en el ISS; Porvenir S.A. le informó en su momento que el bono pensional presentaba un error (“bono no emitible”) en el sistema interactivo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, lo que impedía la conformación de su historia laboral respecto del periodo comprendido entre junio de 1979 y enero de 1982; el 8 de mayo de 2017 solicitó ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la emisión y pago del bono pensional por el referido tiempo, ante lo cual el ente ministerial respondió que dicho trámite era responsabilidad de Porvenir.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 51 a 57); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por la actora el 8 de mayo de 2017 y la respuesta obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de integración del Litisconsorcio necesario, inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe, y la genérica.

Por su parte, Porvenir S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 82 a 95); en cuanto a los hechos aceptó el reconocimiento de la devolución de saldos en favor de la actora; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de integración del Litisconsorcio necesario, buena fe de la AFP Porvenir S.A., hecho exclusivo de un

tercero, petición antes de tiempo, bono pensional no emitible, prescripción, y la innominada o genérica.

Por auto del 25 de junio de 2019 se dispuso vincular al trámite a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca y a Colpensiones (fl. 112). Colpensiones contestó oponiéndose únicamente a la condena en costas (fls. 119 a 125); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora y su periodo de afiliación al ISS; sobre los restantes manifestó que no le constan. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación, y la innominada o genérica.

A su turno, la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca contestó por intermedio de curador ad-litem, quien manifestó que desconocía la veracidad de los hechos planteados en la demanda y, por tanto, no emitió pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda. Propuso la excepción genérica (fls. 151 a 153).

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. 183) en la que declaró que la demandante tiene derecho a que en su devolución de saldos se incluya el tiempo cotizado en Colpensiones y el laborado en la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, y que corresponde a un bono pensional tipo A. Ordenó a Porvenir S.A. que, dentro de los términos legales, realice los trámites necesarios para la emisión, expedición y pago del bono pensional a que tiene derecho la accionante. Ordenó a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público- que, dentro de los términos legales, contribuya con las gestiones que estén a su cargo y que permitan generar la emisión, expedición, redención y pago del bono pensional a que tienen derecho la actora. Absolvió a la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca y a Colpensiones de las pretensiones formuladas en la demanda. Condenó en costas a Porvenir S.A.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, las demandadas presentaron alegatos en esta instancia, así: La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público argumentó que el reconocimiento de la devolución de saldo que reclama la demandante resulta ajena a las competencias y funciones de la Oficina de Bonos Pensionales, por lo que esa cartera ministerial no ostenta responsabilidad alguna.

Por su parte, Porvenir S.A. afirmó que el 25 de noviembre de 2020 solicitó la emisión y redención del bono pensional por devolución de saldos, el cual se encuentra a cargo de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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

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

RESPONSABILIDAD DE LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO EN LA EMISIÓN Y REDENCIÓN DEL BONO PENSIONAL

Se encuentra acreditado en el proceso que el 8 de octubre de 2014 Porvenir S.A. reconoció a Sair Salgado Higueta la suma de \$3.157.513,00 por concepto de devolución de saldos (fl. 25); valor en el que no se incluyeron los tiempos cotizados en Colpensiones ni los laborados en la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca; razón por la cual la actora requiere que los mismos sean incluidos en el cálculo de la prestación a través de la emisión del respectivo bono pensional.

Fue así como en primera instancia se declaró que la accionante tiene derecho a que en su devolución de saldos sean incluidos los referidos tiempos cotizados y laborados, mediante la expedición de un bono pensional tipo A. También se ordenó a Porvenir S.A. y a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público-realizar todos los trámites necesarios para la emisión, expedición y pago del bono pensional a que tiene derecho la accionante; decisión que no fue objeto de reparo por ninguna de las demandadas, mostrándose conformes al respecto;

razón por la cual, el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se circunscribe en determinar exclusivamente la procedencia o no de las condenas impuestas a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Entonces, imperioso resulta remitirse a la literalidad del artículo 2.2.16.7.1. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, el cual establece la responsabilidad de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 2.2.16.7.1. LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES (OBP). La Oficina de Obligaciones Pensionales u Oficina de Bonos Pensionales, que para efectos de este título se abreviará como OBP, es la responsable de liquidar, expedir y administrar todos los bonos pensionales cuya emisión corresponda a la Nación. Adicionalmente, el cálculo de cualquier bono pensional que contenga cuotas partes a cargo de la Nación, deberá ser revisado y aprobado por la OBP.

En todo caso, cualquier emisor de bonos deberá reportar a la OBP el valor y demás características de los bonos que expida o haya expedido, tengan o no cuotas partes a cargo de la Nación. También reportará cuál es la entidad que administra el encargo fiduciario o patrimonio autónomo, cuando el emisor esté obligado a constituirlo. Para efectos del artículo 22 del Decreto 1299 de 1994, la OBP reportará lo pertinente a las entidades que ejerzan la inspección, control y vigilancia del emisor.

La OBP establecerá el procedimiento y condiciones para todo lo referente a este artículo.

Asimismo, la OBP constituirá autoridad técnica sobre la materia y actuará como mediador entre los emisores, contribuyentes y entidades administradoras de bonos pensionales cuandoquiera que se presenten discusiones entre estos en razón del valor del bono o el método utilizado para su cálculo. La opinión de la OBP no será vinculante para el emisor, quien emitirá bajo su responsabilidad los bonos y cuotas partes con fundamento en el cálculo que considere adecuado.

Cuando la OBP sea parte en las discusiones mencionadas en el inciso anterior, emitirá bajo responsabilidad los bonos o cuotas con fundamento en el cálculo que considere adecuado.

En cualquiera de los dos eventos anteriores, si se llegare a determinar administrativa o judicialmente un mayor valor en contra del emisor, este deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de mora autorizada por la Superintendencia Financiera de Colombia en la fecha de pago.

Para fines de cruce de información entre la OBP y el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), la OBP deberá informar mensualmente al ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) sobre todas las solicitudes de emisión de bono que haya admitido. Por su parte, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) deberá informar con la misma periodicidad a la OBP sobre todas las solicitudes de pensión que haya admitido.”

Luego, es claro que en casos de bonos pensionales cuya emisión corresponda a la Nación, como el que aquí nos ocupa, es responsabilidad de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público realizar la liquidación, expedición y administración del mismo. Por lo que no encuentra la Sala que el a quo hubiese incurrido en ningún desacierto al ordenar al ente

ministerial accionado contribuir con las gestiones que estén a su cargo a fin de generar la emisión, expedición, redención y pago del bono pensional a que tiene derecho la parte actora; imponiéndose confirmar la decisión consultada.

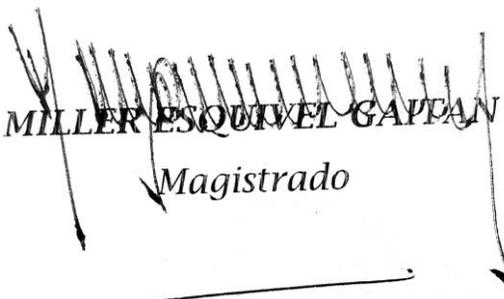
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

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

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 GLORIA PATRICIA ROMERO MUÑOZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 9 de diciembre de 2020, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Gloria Patricia Romero Muñoz, por intermedio de apoderada 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 todos los valores que hubiere recibido en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y activar su afiliación. De igual manera, se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 8 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 9 de marzo de 1966; el 18 de noviembre de 1996 se trasladó del RPMPD al RAIS, administrado por la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.; el asesor de la época la visitó en su sitio de trabajo y, a través de engaños y omisión de información, la indujo en error para que se trasladara de régimen; la AFP accionada al momento de efectuar la afiliación, faltó a su obligación legal de brindar información suficiente, objetiva y clara puesto que no le puso de presente los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión para su futuro pensional; el 9 de julio de 2019 solicitó ante Colpensiones aceptar su afiliación al RPMPD, como consecuencia de la ineficacia del traslado al RAIS, obteniendo respuesta negativa el 11 de julio siguiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 70 a 87); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS, la reclamación presentada por ésta y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar 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, buena fe, 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. 195 a 217); frente a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le consta. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

Por auto del 1° de noviembre de 2019 se ordenó vincular al trámite a La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fl. 65), quien contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 89 a 99); en cuanto a los hechos aceptó las fechas de nacimiento de la actora y de su traslado al RAIS; sobre los restantes manifestó que no le consta. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación, y buena fe.

Mediante proveído del 10 de febrero de 2020 se ordenó vincular al trámite a la AFP Protección S.A. (fl. 235), quien presentó escrito de contestación oponiéndose a las pretensiones relativas al pago de las costas y lo que resulte probado ultra y extra petita; manifestó no constarle ninguno de los hechos de la demanda. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 244) 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 actora interpone recurso de apelación argumentando que fueron mal valoradas las pruebas aportadas al proceso, pues la AFP Porvenir S.A. no demostró haber cumplido con su deber de

información al momento del traslado. Agregó que la firma del formulario de afiliación no demuestra el cumplimiento de esa obligación, menos aún la suscripción del formulario de pensiones voluntarias, toda vez que no se acreditó que le hubiesen suministrado información en tal sentido. Indicó que no se puede concluir que, por el hecho de ser contadora, tenga conocimiento sobre temas pensionales. 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, también presentaron alegatos Colpensiones y Porvenir S.A. quienes, de manera coincidente, indicaron que en el presente asunto no se configuran los supuestos de hechos para declarar la ineficacia del traslado, por cuanto se cumplió a cabalidad con el deber de información.

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 parte 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 "la AFP accionada al momento de efectuar la afiliación, faltó a su obligación legal de brindar información suficiente, objetiva y clara puesto que no le puso de presente los efectos jurídicos que acarrearía esta decisión para su futuro 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 hoy Porvenir S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido el 18 de noviembre 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 promotora de la Litis, al absolver interrogatorio de parte, manifestó que es Contadora Pública y trabaja en el BBVA desde 1981 (antes se llamaba Granahorrar). Añadió que en el año 1996 llegaron unos asesores de la AFP Horizonte a su sitio de trabajo y le dijeron que le convenía pasarse al fondo privado porque había una altísima probabilidad de que el ISS se acabara, y que su pensión sería más alta en la AFP; además, Horizonte era propiedad del Banco Granahorrar, y su empleador le decía que era buena opción pasarse al fondo privado; por esta razón suscribió el formulario de afiliación. Dijo que no le realizó preguntas al asesor de la época, y que éste no le informó que su pensión sería financiada con el aporte realizado en su cuenta de ahorro individual, tampoco se le indicó que podía hacer aportes a pensiones voluntarias.

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 218 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. Percátense que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias de folio 218 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 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

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.

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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con sus respectivos rendimientos, así como 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, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

Ahora, si bien en el año 2004 la accionante suscribió un formulario de afiliación al fondo de pensiones voluntarias, lo cierto es que para dicha data 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 la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.

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.

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 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 Gloria Patricia Romeo Muñoz con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 18 de noviembre de 1996, 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 mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y recibir tales sumas.

Siendo preciso señalar que la actora nunca ha estado afiliada a la AFP Protección S.A., tal como se corrobora con la certificación aportada el 26 de octubre de 2020 por Porvenir S.A.; razón por la cual se absolverá a aquella de todas las pretensiones formuladas, así como a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

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 Gloria Patricia Romero Muñoz con destino a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 18 de noviembre 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 Porvenir 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 recibirá tales sumas y mantendrá su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

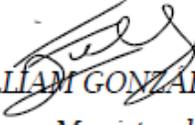
Cuarto.- Absolver a la AFP Protección S.A. y a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones formuladas.

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

Notifíquese legalmente a las partes 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 ÁNGELA PATRICIA NIETO BOLÍVAR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 28 de septiembre de 2020, 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

Ángela Patricia Nieto Bolívar, 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 realizados, junto con los rendimientos, frutos y bonos pensionales. De igual manera, se condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y al pago de las costas procesales.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 8 de julio de 1963; cotizó al RPMPD un total de 450 semanas, desde el 1° de junio de 1986 hasta el 31 de marzo de 1995; en marzo de 1995 se trasladó a Protección S.A., donde actualmente se encuentra afiliada; en el RAIS ha cotizado un total de 1.184 semanas, desde marzo de 1995 hasta el 30 de abril de 1998; sumadas sus semanas de cotización en los dos regímenes, acredita un total de 1.634; al momento del traslado de régimen no se le brindó una información completa, integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado, el impacto en el régimen de transición y las implicaciones sobre su mesada pensional; el 13 de abril de 2018 solicitó ante Colpensiones la declaratoria de nulidad del traslado de régimen, obteniendo respuesta negativa el 20 de abril siguiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 68 a 83); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su inicial vinculación al RPMPD, su posterior traslado al RAIS, la reclamación presentada y la respuesta negativa obtenida; sobre los restantes manifestó que no le constan. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, incumplimiento de la demandante del deber legal de información como consumidora financiera, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, y la innominada o genérica.

A su turno, Protección S.A., en el plazo legal recorrió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (C.D. fl. 117); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, su traslado al RAIS en el año 1995, su actual afiliación a esa AFP y el total de semanas cotizadas; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Como medios de defensa propuso las

excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, 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. 121) 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 actora interpone recurso de apelación argumentando que no se aportó ninguna prueba tendiente a demostrar la asesoría brindada en marzo de 1995, fecha en que se efectuó el traslado de régimen y, por tanto, es la que se debe entrar a valorar a efecto de determinar si la AFP accionada cumplió con su deber de información. Agregó que, si bien en el año 2010 se le brindó una reasesoría, ésta no convalida las deficiencias que se configuraron en marzo de 1995 y, en todo caso, no se probó la información suministrada en el 2010.

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 parte 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 brindó una información completa, integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado, el impacto en el régimen de transición y las implicaciones sobre su mesada 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 hoy Protección S.A., al momento del traslado del régimen pensional acaecido en marzo de 1995. Precisando que unos son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP y 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la Representante Legal de Protección S.A. al absolver interrogatorio de parte afirmó que, al momento del traslado, a la actora se le suministró información de manera verbal y que la única prueba que existe de ello es el formulario de afiliación. Agregó que a la accionante se le realizó una reasesoría y una proyección pensional en el año 2010.

A su turno, la promotora de la litis manifestó que en marzo de 1995 llegaron unos asesores de Protección S.A. a la empresa en la que trabajaba (Gillette de Colombia) y realizaron una reunión con todas las personas que integraban el área comercial de la compañía. Dijo que por esa época se especulaba mucho sobre la eficiencia del ISS, y que los asesores de Protección S.A. le manifestaron que en esa AFP los aportes harían parte de un ahorro, mientras que en el ISS no ocurría así. Negó haber recibido información sobre la forma en que se calculaba el monto de la mesada. Finalmente, indicó que en el año 2010 recibió una reasesoría, aclarando que no le explicaron la información contenida en el documento donde estampó su firma.

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 Protección 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. Y es que, téngase en cuenta que ni siquiera fue aportado el formulario de afiliación suscrito por la actora en marzo de 1995, pese a que fue la misma representante legal de la pasiva quien indicó que era la única

prueba existente sobre la supuesta información suministrada a la actora al momento del traslado de régimen pensional.

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

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.

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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, con sus respectivos rendimientos, así como 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, sin que exista afectación a la estabilidad financiera del sistema.

Ahora, si bien en el año 2010 se le brindó a Nieto Bolívar una reasesoría y se le realizaron unas proyecciones pensionales, lo cierto es que para dicha data 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 la AFP; como acertadamente lo señaló la parte actora en su apelación.

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.

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 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 Ángela Patricia Nieto Bolívar con destino a la AFP Protección S.A. en marzo de 1995, 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 mantener su 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 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 Ángela Patricia Nieto Bolívar con destino a la AFP Protección S.A., en marzo de 1995. En consecuencia, se deberá mantener*

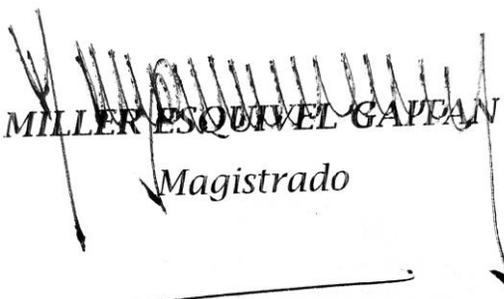
la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Segundo.- Ordenar a la AFP Protección 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 recibirá tales sumas y mantendrá su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.

Tercero.- Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Cuarto.- Costas de las instancias a cargo de las demandadas. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de las 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 DORA INÉS VALDERRAMA ROJAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los dieciséis (16) días de abril 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 demandada Protección S.A. contra la sentencia proferida el 17 de julio de 2020, por el Juzgado Dieciocho 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

Dora Inés Valderrama Rojas, por intermedio de apoderada 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 pensionales realizados, junto con los rendimientos e intereses causados, sin descontar cuotas de administración o de cualquier otra índole; debiendo esta última entidad recibir dichos dineros y actualizar su historia laboral. De igual manera, se condene 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 2 a 5 del expediente, en los que en síntesis se indica que: nació el 11 de agosto de 1959; estuvo afiliada al ISS desde el 15 de enero de 1985 hasta el 31 de agosto de 1999; el 20 de mayo de 1999 firmó el formulario de afiliación a la AFP Colmena, efectivo a partir del 1° de octubre de ese mismo año; el asesor de la época le informó que en el RAIS su pensión sería mayor, pero no le informó sobre las ventajas y desventajas de cada régimen, tampoco le realizó una proyección pensional; el 5 de diciembre de 2017 solicitó ante Colpensiones la aceptación de su traslado, obteniendo respuesta negativa ese mismo día; el 19 de julio de 2018 solicitó ante Protección S.A. su traslado a Colpensiones, obteniendo respuesta desfavorable el 1° de agosto siguiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (fls. 83 a 89); 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 le consta. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

Por su parte, Protección S.A. contestó oponiéndose a los pedimentos de la demanda (fls. 118 a 124); en cuanto a los hechos aceptó la reclamación presentada por la

accionante el 19 de julio de 2018; sobre los restantes manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al RAIS con Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (C.D. fl. 159) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante en mayo de 1999. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes realizados, junto con sus rendimientos financieros, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y a actualizar la historia laboral de la actora. Declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a la AFP accionada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Protección S.A. interpone recurso de apelación argumentando que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que estos se causaron por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual de la afiliada, generando altos rendimientos. Agregó que los gastos de administración fueron descontados conforme a la ley, y que en caso de trasladar dichos dineros a Colpensiones se generaría un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

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 Protección 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 - GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y CONDENA IMPUESTA A COLPENSIONES

Se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS efectuada a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., y sobre este aspecto no mereció reparo 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

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.

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; asimismo, trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, junto con los rendimientos generados, 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, por lo que no es de recibo el argumento de la AFP Protección S.A. en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados por concepto de gastos de administración dado que su gestión se encontraba amparada bajo las previsiones de la Ley 100 de 1993, generando altos rendimientos; y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante. 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 dineros trasladados por Protección S.A. y actualizar la historia laboral de Dora Inés Valderrama Rojas, como acertadamente lo concluyó el a quo.

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 la AFP accionada. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cargo de Protección S.A.

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado