

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA HELENA TORRES SALAZAR CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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 del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 9 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Quince 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

Patricia Helena Torres Salazar, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que se declare la ineficacia al acto de afiliación o traslado del RPMPD administrado por el ISS hoy

Colpensiones al RAIS con la AFP demandada, ante el incumplimiento en el deber de información del Fondo privado; que para todos los efectos legales nunca estuvo afiliado en el RAIS y su vinculación válida es la realizada en el RPMPD sin solución de continuidad. En consecuencia, se condene a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a devolver a Colpensiones, el valor de las cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, con todos sus frutos e intereses, rendimientos financieros causados y cuotas de administración, debidamente indexados que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, sin descuento alguno; a Colpensiones que para que realice la inscripción en el RPMPD y recibir los dineros trasladados. Igualmente pide que se condene lo ultra y extra petita y por las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente pide que se condene a la demandada AFP por los perjuicios materiales y morales causados por la indebida y no informada vinculación al RAIS.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 5 a 7 del expediente, en los que en síntesis se indicó que: nació el 2 de octubre de 1963, se afilió y realizó cotizaciones al ISS desde el 31 de marzo de 1989; se trasladó del RPMPD al RAIS el 1° de marzo de 2003, cuando fue visitado por un asesor comercial de la AFP Colfondos S.A., en su lugar de trabajo, que no tenía las calidades, idoneidad y conocimiento adecuado para ofrecer una afiliación a pensiones; que en el momento de la afiliación no se le suministró información suficiente, mínima, clara y necesaria que le permitiera tomar una decisión objetiva que se ajustara a sus intereses de trasladarse, es decir se incumplió en el deber legal de información; que nunca se le dio a conocer las características, condiciones, acceso y servicios en cada uno de los regímenes pensionales, tampoco se le hizo un comparativo sobre las ventajas o desventajas, ni mucho menos se le indicó sobre las consecuencias jurídicas del traslado, no se le brindó una información sencilla, ni comprensible sobre el particular. Señala que con corte a 30 de julio de 2019 cuenta con un total de 1.190 semanas de cotización, se presentó un problema de multifiliación al sistema el cual inicialmente fue definido a favor de Colpensiones y finalmente se indicó que seguía afiliada a la AFP Colfondos; que mediante comunicación del 3 de octubre de 2019, se le indicó por ésta que no contaba con el capital necesario para obtener pensión mínima y al realizar los cálculos sobre el valor de la prestación que podía obtener el RPMPD sería de aproximadamente \$2.235.460, teniendo en cuenta el ingreso base cotización, lo cual refleja un detrimento en el valor de la

prestación pensional; y que el 1° de noviembre de 2019, solicito ante Colpensiones el traslado de régimen por la ineficacia de la afiliación al RAIS, la cual fue respondida negativamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colpensiones en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas, (cd fl. 98); en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación inicial al RPMPD a través del ISS; y la reclamación administrativa que fue respondida negativamente. Como excepciones propuso las que denominó; prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Colfondos S.A., en el plazo y en legal forma describió el traslado a la demanda a través de escrito incorporado en el expediente a folios 135 a 146 de expediente, en el que se opuso a todas las pretensiones formuladas, en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la vinculación al RAIS a través de esa AFP, la respuesta dada en relación con la multivinculación y sobre la posibilidad de obtener una prestación en ese régimen y frente a los demás dijo no ser ciertos y no contarle. Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, culpa exclusiva del actor, buena fe, usencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a ese Fondo, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y la innominada o genérica.

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 (fl. 257), en el que declaró ineficaz la afiliación o traslado de RPMPD al de RAIS, efectuado por Patricia Helena Torres Salazar a través de la AFP Colfondos S.A., el 1° de marzo de 2003; y como consecuencia que la AFP demandada traslade a Colpensiones los recursos que obran en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y que esta última reciba los

dineros , realice a la afiliación en el RPMPD y acredite las semanas cotizadas, teniendo que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y siempre a permanecido en el RPMPD; sin condena en costas y absolvió de las demás pretensiones en la adición de la sentencia realizada en la misma audiencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte demandante la recurre en apelación, concretando su inconformidad a que en esta instancia se ordene también la devolución de los gastos de administración con destino a esa entidad teniendo en cuenta que fue la AFP quien genero la afiliación al RAIS y es esta quien debe responder por las consecuencias del deterioro del bien administrado ya que ellos forman parte de la cotización y deben ser trasladados al haberse declara la ineficacia de la afiliación y para que sirvan el financiamiento de la prestación que pueda obtener en el RPMPD. Así mismo muestra su inconformidad ante la falta de condena en costas a la AFP quien se opuso a las pretensiones y resultado vencida en juicio.

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

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

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

En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS efectuada por intermedio de las AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías S.A., el 1° de marzo de 2003; aspectos sobre los cuales no mereció reparó por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, la parte demandante, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración insistiendo que

deben ser ordenados como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional. Por lo que la alzada se restringe en determinar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, y lo relativo a la devolución los gastos de administración por parte de la AFP Colfondos S.A.

Bien, según lo tiene sentado la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil¹, el efecto de la declaración de nulidad es retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen. 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 es de recibo el argumento de Colpensiones en el sentido de que junto con la devolución de los valores por cotizaciones y rendimientos financieros, también se debió ordenar la devolución de dineros descontados por concepto de gastos de administración; 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 ineficacia de afiliación o 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 Colfondos S.A. Pensiones y cesantías, 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. Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera

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.

presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiéndose 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 Torres Salazar en el momento de su traslado, que trajo aparejada la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe adicionar la sentencia apelada en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías trasladar a Colpensiones además de las sumas ordenadas, los dineros descontados por concepto de gastos de administración y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás.

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.

COSTAS

Las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derechos, cuya condena tiene por

finalidad la de resarcir a la parte vencedora, los gastos en que incurrió en defensa de sus intereses.

Así, 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, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto”.

En efecto, al prosperar las pretensiones de quien provocó la controversia, y resultar vencida la demandada AFP Colfondos, es quien debe asumir el pago de las costas causadas dentro del proceso, sin que tenga que realizarse más consideraciones, pues el legislador al regular lo relativo a costas lo hizo con criterio objetivo, esto es, simplemente imponer su pago a quien fuera vencido en el proceso, al que se le resulta desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, revisión o anulación, sin ninguna estimación subjetiva. De ahí, que no queda otra camino que revocar el ordinal quinto de la sentencia apelada para en su lugar condenar en costas de la primera instancia a la AFP demandada, precisando que frenen a la absolución por este a Colpensiones no se presentó inconformidad

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.- *Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantía, devolver y trasladar a Colpensiones además de las sumas ordenadas por el a quo, todos los dineros que fueron descontados por concepto de gastos de administración. De conformidad a lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

Segundo.- *Revocar el ordinal segundo de la sentencia apelada y consultada para en su lugar condenar al pago de las costas generadas en primera instancia a cargo de la AFP demandada y en favor de la actora.*

Tercero.- *Confirmar la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.*

Cuarto.- Sin costas en esta instancia, dado el resultado del recurso.

Notifíquese en legal forma y cúmplase.

~~MILLER ESQUIVEL GAFFAN~~
~~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 ESPERANZA BERMÚDEZ GÓMEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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,

A U T O

Reconócese personería a la Dra. Natalia Carrasco Boshell quien se identifica con la C.C. No 1.121.914.728 y T. P. No. 288455 del CSJ como apoderada judicial la AFP Porvenir S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.

De igual manera, se reconoce personería a la Dra. Claudia Liliana Vela identificada con C.C. No. 65.701.747 y la T.P. No. 123.148 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Sonia Lorena Riveros Valdés quien se identifica con la C.C. No 1.105.681 y la T. P. No. 255.514 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustitut de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Esperanza Bermúdez Gómez, por intermedio de apoderada judicial, demandó a la Colpensiones y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS , en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, gastos de administración y a ésta última a mantener la afiliación sin solución de continuidad; en caso de que el fondo de pensiones hubiere reconocido la prestación pensional, continúe sufragando aquella hasta que la administradora del RPMPD lo incluya en nómina de pensionados; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 6, en los que en síntesis se indica que: nació el 26 de mayo de 1993; se afilió a Porvenir S.A. el 22 de octubre de 2001, AFP en la que permanece y la cual, al momento del cambio de régimen pensional, no entregó información completa, veraz y suficiente respecto de las consecuencias negativas de abandonar el RPMPD, tampoco le fueron suministradas proyecciones pensionales comparativas de ambos regímenes, la tabla de mortalidad de rentista, ni se le explicó hasta que edad debía cotizar para alcanzar una mesada pensional igual al del ISS, el capital a ahorrar, la negociación del bono pensional, la incidencia de los beneficiarios en el cálculo de la pensión, el derecho de retracto, además se le aseguró que el régimen administrado por el ISS iba a desaparecer, elevó petición a Porvenir S.A. para que le suministrara los documentos que fueron entregados con la afiliación, además de solicitar a ambas demandada la anulación de la afiliación al RAIS,

solicitudes que se resolvieron negativamente; realizado el estudio comparativo se estableció que la mesada pensional en el fondo privado sería inferior a la que obtendría en el régimen público.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna (fls. 329 a 346), oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, su afiliación al ISS, la reclamación administrativa y la respuesta negativa; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones 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.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 377 a 399, en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a Porvenir S.A., las solicitudes presentadas y sus respuestas. Propuso las excepciones perentorias enlistadas así: prescripción, prescripción de la acción de nulidad y 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.553) declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. el 22 de octubre de 2001; condenó al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los intereses, bonos pensionales, rendimientos y cuotas de administración, y a ésta última a recibir las sumas de dinero, activar la afiliación al RPMPD y actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones e impuso costas a la AFP en cuantía de 3 SMLMV.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, Porvenir S.A. la recurre ya que debe absolverse de la totalidad de las pretensiones, ya que el análisis en primer grado fue errado al determinar que perjuicio que causado a los demandantes es no haber recibido la información, lo cual no se encuentra probado; el interés de la demandante en regresar al RPMPD con ocasión a una mesada pensional superior, cuando ni siquiera cuenta con una proyección pensional de la AFP, el menoscabo del derecho de información y los perjuicios no se encuentran acreditados, cuando el afiliado tenía el deber de informarse.

Colpensiones considera que no procedía la inversión de la carga de la prueba, constituyéndose una desproporción probatoria, en la que se da por cierto lo dicho por la demandante, sin que se tengan en cuenta las pruebas documentales y el interrogatorio vertido, de los cuales se extrae la firma libre y voluntaria del formulario de afiliación, a más de la existencia de los actos de relacionamiento, con los que exteriorizan su voluntad de permanecer al RAIS, como lo son el no haber mostrado su inconformidad, no acudir al fondo privado a solicitar información, tampoco acudió a Colpensiones para retornar al RPMPD, la inconformidad de la demandante se centra en una diferencia financiera, que pretende suplir con la ausencia de información.

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 alegatos en esta instancia, en los reiteraron los motivos por los cuales recurren la decisión y agregó que no procede la devolución de los gastos de administración.

Colpensiones por su parte solicitó se revoque la decisión.

CONSIDERACIONES

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

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

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 "Porvenir S.A. no le entregó información suficiente y veraz para trasladarse de su régimen pensional al RAIS", 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 Porvenir S.A. al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 22 de octubre de 2001, efectivo a partir del 1º de diciembre de la misma anualidad (fl. 472). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte la demandante aseguró que desde hace 30 años reside en Florencia - Caquetá, es bacterióloga especialista en administración en salud; se trasladó de régimen pensional en el año 2001 cuando fue nombrada en el hospital en el que actualmente trabaja; la dirección de talento humano del nosocomio envió unas personas que les dijeron que los iban a afiliarse a otra entidad, ya que el ISS no tendría manera de sufragar la pensión cuando llegara a la pensión para ella, pues esa entidad se acabaría; debido a la confianza que le dieron los asesores eligió Porvenir S.A.; les dijeron que una de las ventajas era la entrega del bono pensional cuando lo deseara; la charla fue muy rápida; no le hablaron de la existencia de una cuenta de ahorro individual ni de rendimientos; alguna vez recibió un extracto y trató de comunicarse al número que aparecía allí para entender la información del documento, nunca pudo comunicarse con el fondo; supo por los médicos especialistas que se pensionaron con el salario mínimo, que lo mejor era regresar a Colpensiones, pero cuando lo solicitó ya estaba inmersa en la prohibición legal para hacerlo, y no lo hizo antes en tanto desconocía las condiciones pensionales; en caso de pensionarse lo haría con el mínimo; alguna vez fue a una oficina del fondo de pensiones y allí le dijeron que debía comunicarse de manera telefónica

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

posibilidad de traslado, fuera verídica y suficiente para tomar una decisión consciente del riesgo y las eventualidades que influyen en el cumplimiento de la obligación pensional. Así, contrario a lo expuesto por los recurrentes a la demandante expuso la inexistencia de información a partir de la cual surge el intereses de retornar al RPMPD, incluso en dos oportunidades la activa narró que trató de comunicarse con la AFP para que le explicara la información de su situación pensional, sin obtener respuesta.

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en octubre de 2001. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

*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 el 400 y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de 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 orvenir 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 incorporados en el folio 400 se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no

puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información. Aunado a lo anterior, es claro que el deber de información ya se encontraba estipulado en el art. 12 del Decreto 720 de 1994, en cuyos términos:

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Ante la estimación que hace el apoderado de Porvenir S.A. respecto a los perjuicios en el recurso de alzada, basta con referir, que el perjuicio se causa cuando no se señalan las consecuencias adversas del cambio de régimen pensional (SL 2611 del 1º de julio de 2020 Rad. 67972 y SL 4811 del 2 de octubre 2020 Rad. 68087).

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora 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.

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 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

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.

régimen de ahorro individual con solidaridad debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, 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; 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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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 de nulidad del traslado del régimen pensional 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, la nulidad del traslado de régimen pensional 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,

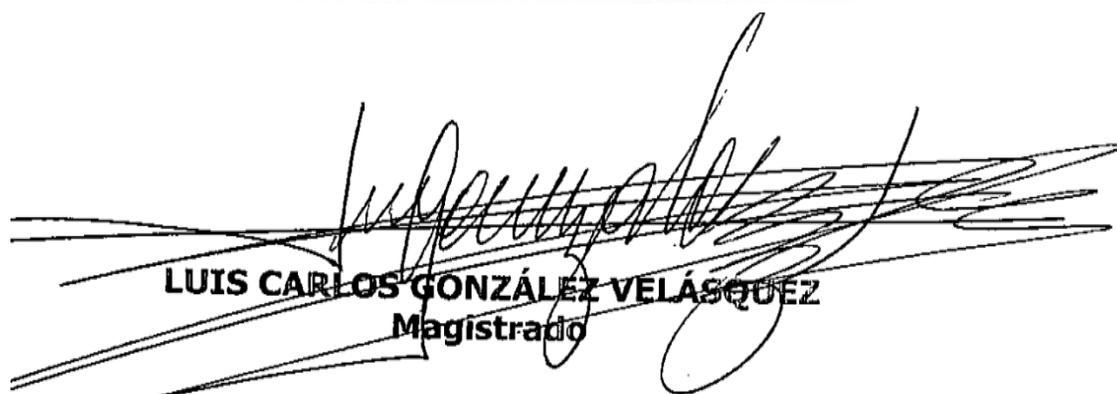
R E S U E L V E

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

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

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 CONSUELO DEL SOCORRO OBANDO SÁNCHEZ CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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 demandada contra la sentencia del 22 de septiembre de 2021, proferida 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 la UGPP.

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

Consuelo del Socorro Obando Sánchez, por medio de apoderada judicial, demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de La Protección Social - UGPP, para que se declare que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada

adicional de junio (Mesada catorce), desde la fecha en que cumplió la edad de 50 años para obtener su derecho pensional 16 de octubre de 2008. El consecuencia, se condene a restablecer, liquidar y ordenar el pago de dicha prestación desde junio de 2012 y a futuro; y por las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos relacionados a folios 21 y 22 del expediente digitalizado (archivo 01, cd fl. 2), en los que en síntesis indica que: laboró al servicio de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, en calidad de trabajadora oficial, hasta el 27 de junio de 1999 cuando le fue terminado su contrato por la empleadora, sin haber cumplido la edad de 50 años,; que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia a través de resolución 278 del 23 de febrero de 2009 le reconoció pensión de jubilación convencional indexada a partir del 16 de octubre de 2008 cuando cumplió la edad de 50 años, en cuantía inicial de \$1.640.953,71, incluyendo el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce, la que se le venía pagando de manera pacífica, hasta el mes de junio de 2011, cuando de manera sorpresiva, unilateral, y sin que mediara autorización de la pensionada ni orden judicial, se suspendió el pago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por la UGPP en forma legal y oportuna, oponiéndose a todas las pretensiones formuladas (fls. 3 a 11 del archivo 0, expediente digitalizado, cd fl 2). En cuanto a los hechos los manifiesta que no le consta ninguno de ellos. Propuso como excepciones las que denominó, ausencia de fundamentos jurídicos, ausencia del derecho, incumplimiento de los requisitos exigidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 por la parte actora para ser beneficiario de la mesada 14 o mesada adicional de junio, compartibilidad de la pensión convencional y la pensión legal prescripción, 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 (grabación de audiencia adjunta al expediente digitalizado), en la que declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias entre la pensión de vejez y la pensión de jubilación causadas con anterioridad al 9 de mayo de 2016 y no probadas las demás propuestas; declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de jubilación convencional a partir del 2 de septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$1.981.992.00, pensión que tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez que le fue reconocida por Colpensiones, por lo que la UGPP deberá pagar al demandante el mayor valor entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez; reconocimiento que se hace incluyendo las mesadas adicionales de junio y diciembre de cada anualidad; condenó a la demandada a pagar al demandante el retroactivo pensional causado entre el 9 de mayo de 2016 y la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados, que calculado al 30 de junio de 2021 asciende a la suma de \$114.015.145.00, cuyo pago debe realizar se de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas hasta el momento de su pago definitivo, autorizando a la entidad demandada a descontar el porcentaje que corresponde a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud; y por las costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, las partes interpusieron recurso de apelación. La demandada argumentando que el actor no acreditó los requisitos contemplados en la convención colectiva de trabajo, toda vez, que al cumplimiento de los 55 años de edad no se encontraba laborando; adicionalmente, dicha edad tampoco la cumplió con anterioridad al 31 de julio de 2010, límite impuesto por el Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que no tiene derecho a la prestación que reclamada.

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 confirmar en todas sus partes la decisión de primera instancia.

A su vez, la UGPP, solita se revoque la decisión, en atención a que la mesada 14 quedó suprimida para aquellas personas que causaron el derecho pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, 25 de julio de 2005.

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 el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y a estudiar en consulta en favor de esa entidad los puntos no apelados.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

Se demanda el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, por haber prestado los servicios personales como trabajador de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del el 25 de mayo de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, para un total de 24 años, 1 mes y 2 días y cumplir la edad de 55 años, cuestión con la que discrepa la parte demandada ya que advierte que al cumplir la citada edad después del último plazo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, el 31 de julio de 2010, el derecho pensional reclamado no puede prosperar.

Para resolver la Sala advierte que es indiscutible que el demandante laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero del 1 el 25 de mayo de 1975 hasta el 27 de junio de 1999, conforme se desprende de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fl. 21 y 22 del expediente digitalizado), es decir, un total de 24 años, 1 mes y 2 días, ocupando como último cargo el de “Director III, Grado 09”, en la oficina de Cachira – Norte de Santander. De la misma manera, es de anotar que la convención colectiva de trabajo fuente del derecho reclamado se allegó con la constancia de depósito (art. 469 del CST), en medio magnético incorporado al proceso digitalizado, así como certificación en la que hace constan que el promotor estuvo afiliado a la organización sindical “Sintracreditario” (fl 27 del expediente digitalizado)

Ahora, en cuanto a la calidad de beneficiario de la convención colectiva de trabajo del demandante, basta con remitirnos al artículo 4° del acuerdo convencional, el cual señala que “Los beneficios de la presente Convención Colectiva se aplicarán a todos los trabajadores de la Caja que se encuentren a su servicio con excepción de...”, cargos excluidos dentro de los cuales no se encuentra el del demandante.

Precisado lo anterior y como en el sub lite, tal y como se indicó en precedencia, se pretende el reconocimiento de la pensión de jubilación contemplada en la cláusula 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Caja de Crédito Agraria, Industrial y Minero “Sintracreditario” y la Caja de Crédito Agraria, Industrial y Minero con vigencia 1998-1999, que, en lo pertinente contempla:

“PENSIÓN DE JUBILACIÓN REQUISITOS.- A partir del 16 de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (20) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios...”

PARÁGRAFO 1°. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte años de servicios a la Institución.”

De conformidad con la norma transcrita se tiene que no solamente el trabajador de la Caja Agraria tiene derecho a la pensión de jubilación convencional al cumplir con los requisitos de tiempo de servicios y edad, como normalidad, sino que además tiene derecho a dicha prestación cuando es retirado o se retira del servicio y lleva 20 años o más de labores, caso en el cual la pensión procede cuando el ex trabajador cumpla la edad de 55 años si es hombre o 50 si es mujer, siendo esta última situación la invocada por el demandante. De manera que al haber laborado el actor hasta el 27 de junio de 1999 (fl. 21 y 22 del expediente digitalizado), tiene derecho a la pensión convencional cuando cumplió la edad de 55 años, que lo fue el 2 de septiembre de 2010 (registro civil de nacimiento folio 18 y 19 del expediente digitalizado, sin que vea afectado el derecho por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, que permitió el derecho a la pensión convencional hasta el 31 de julio de 2010, puesto que al momento del retiro del servicio ya había dejado causado el derecho, siendo el cumplimiento de la edad un requisito para la exigibilidad del mismo. Y así lo adoctrinó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado N° 63158 del 14 de febrero de 2018:

“Pues bien, preliminarmente habrá que decir para resolver la controversia propuesta en el recurso es que para la Sala fluye indubitable que la redacción del artículo 41 convencional en estudio, particularmente en su Parágrafo 1º, desde su vista gramatical, sistemática y teleológica o finalística no tiene más que una lectura: 1) que se aplica a ex trabajadores de la disuelta y liquidada Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, esto es, a quienes a partir de la vigencia de la convención colectiva de trabajo de marras perdieron la condición de trabajadores activos; 2) que para la estructuración del derecho pensional se exige haberse prestado cuando menos veinte (20) años de servicio a la citada empresa; y 3) que el disfrute o goce de la prestación se produce cuando se arriba por el ex trabajador a la edad de cincuenta (50) años, si se es mujer, y de cincuenta (55) años, si se es hombre.

Esto último habrá de resaltarse por constituir el meollo del asunto, ya que en criterio de la Corte, y tal cual lo alega el recurrente, la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce o disfrute.”

Posición que ha sido reiterada en recientes pronunciamientos, como por ejemplo en las sentencias SL4550-2018 y SL3280-2019.

LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN CONVENCIONAL

Frente a los factores para liquidar la pensión, éstos están contenidos en el parágrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 que establece:

“La pensión se liquidara así:

Primer Factor Fijo: Último sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.

Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.

Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.

De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido”.

De lo anterior se tiene que de acuerdo a los factores establecidos en precedencia y trayéndolos a la certificación que obra a folios 21 y 22 del informativo digitalizado relacionado con los factores salariales devengados en el último año, nos arroja una suma de \$1.078,443,00, como a continuación se detalla:

Sueldo básico	\$704.344,00
Prima de antigüedad	\$254.320,00
Gastos de representación	\$ 2.100,00
PRIMER FACTOR	\$960.764
Prima Jun/1998	\$20.098,00
Prima Dic/1998	\$1.607.800,00
Prima Jun/1999	\$1.417.127,00
Prima Escolar 1999	\$476.850,00
Prima de Vacaciones	\$1.024.815,00
Salario en Especie	\$145.304,00
TOTAL	\$4.691.994,00
SEGUNDO FACTOR (total/12)	\$390.764,00
PRIMER FACTOR + SEGUNDO FACTOR	\$1.351.763,00

Valor que al aplicarle la fórmula adoptada por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 2007, radicación 31222, así:

$$VA = VH \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

De donde:

VA = IBL o valor actualizado

VH = Valor histórico que corresponde al último salario promedio mes devengado.

IPC Final = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de pensión.

IPC Inicial = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad en la fecha de retiro o desvinculación del trabajador.

$$VA = VH \frac{\$1.351.763 \times IPC \text{ Final } (71,2)}{IPC \text{ Inicial } (36,42)} \quad VA = \$2.642.655.84$$

Monto éste que al aplicarle un porcentaje del 75%, arroja \$1.981.991,88 como valor inicial de la mesada pensional para el año 2010, suma que resulta equivalente a la establecida por el fallador de primer grado; imponiéndose confirmar su decisión en este punto.

COMPARTIBILIDAD

Ahora, teniendo en cuenta que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por parte de Colpensiones a través de la Resolución GNR 330936 del 2 de diciembre de 2013 (anexa al expediente digitalizado), a partir del 2 de septiembre de 2010, en cuantía inicial de \$1.142.151,00, y considerando que el monto de la pensión de jubilación convencional para esa misma anualidad asciende a \$1.981.991,88, resulta claro que el mayor valor a cargo de la UGPP para el año 2010 equivale a la suma de \$839.840,87. En este punto se hace preciso aclarar que lo aquí reconocido es la compartibilidad pensional, en los términos de los acuerdos 029 de 1985 y 049 de 1990, criterio ampliamente estudiado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL376-2015, SL604 -2017, SL4107-2018 y SL5608-2019, esta última con radicado 76633; lo que significa que lo único que está a cargo de la UGPP, es el valor mayor de la pensión mensual que viene pagando Colpensiones. En consecuencia, es claro que no se están reconociendo y pagando dos prestaciones de manera separada, sino compartibles.

MESADA CATORCE

Además de lo anterior, se tiene que la demandante también tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce, pues ésta se causó antes de los presupuestos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005, mismas consideraciones anotadas en precedencia, lo cual conlleva a la Sala a confirmar la decisión recurrida y consultada en este tópico.

INDEXACIÓN

En punto a este tema, la Sala advierte que nuestra economía se caracteriza por su inestabilidad y por el deterioro progresivo del poder adquisitivo del dinero, y ha sido posición reiterada de la jurisprudencia reconocer la aplicabilidad de la teoría de la indexación como paliativo a dicha pérdida adquisitiva aduciendo razones de justicia y equidad, que debe ser asumida por el deudor moroso y de esta manera evitar perjuicios al acreedor, es por ello un procedimiento

resarcitorio de la inflación. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 13 de noviembre de 1991, señaló sobre el particular:

“Con apoyo en la perceptiva (el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 y el 19 del Código Sustantivo del Trabajo, se aclara), la jurisprudencia de la Sala Laboral de esta Corte, desde la referida sentencia del 18 de agosto de 1982, ha venido sosteniendo la posibilidad, de aplicar a los créditos de origen laboral, la corrección o actualización de la moneda. El soporte de esta doctrina ha sido varios: los principios del derecho del trabajo, en cuanto criterios de valoración inmanentes a esta rama del derecho, portadora, por antonomasia, de una intención cautelar y defensora de los precarios intereses del trabajador, en consideración a que es un sujeto que normalmente no cuenta sino con su fuerza de trabajo para subsistir, enajenándola al empleador, la jurisprudencia, principalmente de la Sala Civil de esta Corporación, que desde un tiempo un poco anterior, enfrentó el análisis de la incidencia de la inflación en las obligaciones diferidas de carácter civil; en los principios de equidad y justicia, comunes, a no dudarlo, a todas las ramas del derecho y en particular a la laboral; en la consagración positiva de la corrección monetaria, en variados campos de la actividad civil en nuestro país, en la doctrina y la jurisprudencia extranjeras, así como también en la escasa producción doctrinaria al respecto; en las normas reguladoras del pago, también indudablemente comunes al derecho ordinario y al trabajo, en cuanto a dicho monto de extinguir las obligaciones tiene que ver con todo tipo de éstas, cualquiera sea su origen; y, en fin, en los principios de enriquecimiento injusto y el equilibrio contractual, fundantes de la doctrina elaborada sobre el tema por la jurisprudencia civil, pero en ningún modo ajenos a los criterios del derecho laboral.”.

En razón de lo anterior, debe reconocerse legítimamente la indexación para remediar la pérdida de poder adquisitivo de las sumas adeudadas por el retardo en el reconocimiento del derecho pensional, lo cual es simplemente la compensación de la depreciación monetaria, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en este punto.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por regla general las acciones emanadas de las leyes laborales prescriben en 3 años que se cuentan desde que la obligación se hizo exigible, presentándose el fenómeno de interrupción previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del CPT y SS, dicha interrupción extrajudicial, es por una sola vez mediante un simple reclamo escrito del trabajador o quien alegue el derecho en su favor, lo que viene a generar desde su presentación un nuevo conteo del plazo

prescriptivo. Ahora, cuando de quien se pretende ciertos derechos sociales es una entidad pública, es necesario realizar la reclamación administrativa tal como lo exige el artículo 6º del CPT y SS, de donde se derivan dos situaciones: una, la interrupción de la prescripción y otra, la suspensión de la prescripción. Así, que el término prescriptivo empieza a contarse nuevamente una vez vencido el hecho que da lugar a la suspensión, esto es, el vencimiento del plazo de un mes que tiene la entidad para contestar o cuando se da contestación antes de este plazo, o cuando efectivamente da contestación al reclamo después de vencido el plazo de un mes según lo ha adoctrinado la Corte Constitucional (ver sentencia C-792 de 2006). Igualmente, debe puntualizar esta Sala que el término de prescripción solo puede empezar a contarse una vez el derecho es exigible, esto es cuando se cumplen los requisitos necesarios para acceder al mismo y el interesado debe elevar la correspondiente solicitud, si la entidad no la reconoce, tiene el derecho a promover la acción respectiva.

Acorde con lo anterior, como en el caso de autos la prestación se hizo exigible a partir del 2 de septiembre de 2010, se presentó reclamación administrativa el 9 de mayo de 2019 (fls. 24 a 26 del expediente digitalizado) y se radicó la demanda el 23 de septiembre de 2019 (acta de reparto, fl. 28 del expediente digitalizado), es claro que en el sub judice operó el fenómeno prescriptivo sobre en mayor de las mesadas pensionales a cargo de la UGPP, causadas con anterioridad al 9 de mayo de 2016, conforme lo determinó el a quo.

Así es de precisar que al hacer el cálculo sobre el retroactivo sobre las diferencias de mesadas pensionales que por mayor valor le corresponde al demandante a cargo de la UGPP, ordenado por el juez de instancia entre el 9 de mayo de 2016 y el 30 de junio de 2021, efectivamente asciende a la suma de \$114.015.145.00, cuyo pago como se analizó en precedencia, debe realizarse de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas a cargo de la entidad demandada hasta el momento de su pago definitivo, por lo que se debe confirmar la sentencia en este aspecto.

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,

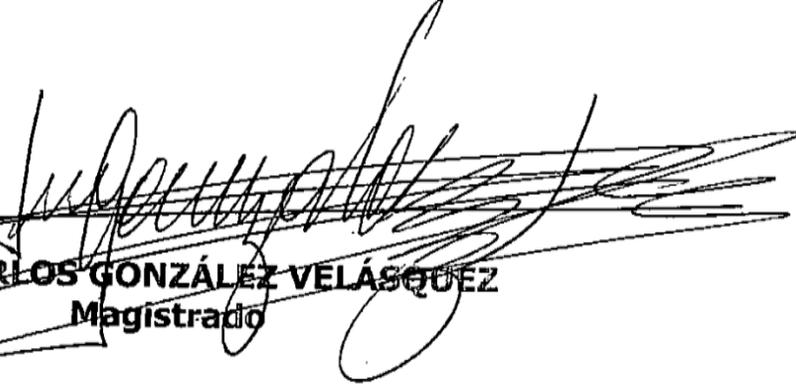
RESUELVE

Primero.- Confirmar la decisión apelada y consultada.

Segundo.- Costas en esta instancia a cargo de la entidad recurrente, en la liquidación respectiva inclúyase en la liquidación la suma de \$900.000, como agencias en derecho.

Notifíquese 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 AUGUSTO ROJAS RAMOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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. María Camila Bedoya García identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y la T.P. No. 288.820 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con la C.C. No 37.627.008 y la T. P. No. 221.228 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

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 29 de septiembre de 2021, proferida por

el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia y en consulta frente aquellas condenas que afectan a Colpensiones.

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

Edgar Augusto Rojas Ramos, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección S.A., para que se declare la ineficacia del formulario de afiliación N° 1010143660 del 11 de julio de 1995 de la AFP Colmena (Hoy AFP Protección), que efectuó su traslado de régimen pensional. En consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se condene a la AFP Protección S.A., a devolver o trasladar las cotizaciones o aportes por pensión que fueron recibidas, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, y a ésta a recibirlo en el RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado. Se condene a las demandadas lo ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 1 a 3 del expediente digitalizado (archivo 02, demanda, del C.D. de folio 2), en los que en síntesis se indicó que: nació el 25 de junio de 1962, contando actualmente con 58 años de edad; en marzo de 1986 se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones y comenzó a efectuar cotizaciones con el Seguro Social; en 1995, los asesores comerciales de la AFP Colmena hoy Protección S.A. se acercaron y le ofrecieron el traslado al RAIS, indicándole que no había ningún problema para efectuarlo y que era más favorable el traslado de régimen teniendo en cuenta que iba a tener una mejor mesada pensional que la que obtendría si se quedara en el RPMPD; que en el afán con el que el asesor comercial de la AFP contó para poder capturar su afiliación, no sólo no le estudió y validó su situación, sino que no le analizó su caso en todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, omitiendo darle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional y fue como el 11 de julio de 1995 suscribió el formulario de afiliación No. 1010143660 para cambio de régimen pensional. Indica que al calcular su pensión en el RAIS sería de \$4.267.174 equivalente al 43% de su salario actual, mientras que en el RPMPD teniendo en cuenta el ingreso base de cotización sería aproximadamente de

\$6,136,149 que corresponde al 66% , al cumplir los 62 años, además que en la modalidad de retiro programado le permite a mi poderdante retirar sus mesadas de manera mensual, sin embargo, al final de cada año sus saldos serán objeto de reliquidación o recalcuro con el saldo disponible, razón por la cual las mesadas tendrán disminuciones anualmente, asunto que no sucede con las mesadas de Colpensiones, que no solo no se verán afectadas por disminuciones anuales, sino que por ley se incrementan anualmente por lo que es evidente que su mesada pensional en el RAIS no es lo que le prometieron que iba a ser en relación con la que recibiría si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional; y que para agotar la reclamación administrativa radicó petición ante Colpensiones el 25 de agosto de 2020 con radicado 2020_8299983, en el cual se solicitó lo aquí pedido y la entidad en respuesta del 26 de agosto de 2020 mediante oficio "NUMERO_DOC_BIZAGI" respondió negativamente.

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, (archivo 08 contestación Colpensiones del C.D. de folio 2); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las afiliación y cotizaciones realizadas en el RPMPD con el ISS, el traslado al RAIS con la AFP Colmena hoy Protección S.A. la petición presentada ante esa entidad y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no son ciertos y no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

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 122 a 138 del expediente digitalizado (archivo 09 contestación Protección del C.D. de folio 2), en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y la afiliación al RAIS a través de la AFP Colmena hoy Protección S.A.; frente a los demás manifestó no ser ciertos y no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción,

aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia anexa en cd fl 2) en la que declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante Edgar Augusto Rojas Ramos al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de julio de 1995; condenó a la demandada AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; a Colpensiones a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas 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, manifestando que su reproche únicamente se centra a la condena por la devolución de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993 por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, al tener éstos una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, por lo

que en un evento dado solo correspondería trasladar el monto de los aportes íntegros sin tener que devolverse los rendimientos como consecuencia de ineficacia o inexistencia de la afiliación y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta, .

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Protección S.A. presentó alegatos en esta instancia reiterando las manifestaciones hechas en el recurso de apelación, insistiendo en que se revoque la sentencia en cuando ordenó la devolución de los gastos de administración.

A su vez Colpensiones pide se revoque la decisión apelada ya que se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema con la afiliación de la activa al RPMPD.

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 demandada AFP Protección S.A., en su recurso de apelación, lo cual se centra únicamente a la devolución de los gastos de administración, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que afectan a Colpensiones.

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

En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS efectuada por intermedio de las AFP Colmena hoy Protección S.A., el 14 de julio de 1995, con efectividad a partir del 1° de agosto de la misma anualidad, como se desprende de los documentos aportados a folios 68 a 71 del archivo 009 contestación de la demanda (cd (fl 2), aspectos sobre los cuales no mereció reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, Protección S.A, presenta reparo

únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe en determinar la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones, y lo relativo a la devolución de los rendimientos y los gastos de administración por parte de la AFP Protección.

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

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

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.

rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado.

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. Acotando que la decisión no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

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, en tanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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, el traslado de régimen pensional 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. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia.*

Notifíquese legalmente a las partes y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL 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 GLADYS GUTIÉRREZ DE CASTAÑO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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,

A U T O

Reconócese a la abogada Johana Alexandra Duarte Herrera quien se identifica con la C.C. No 53.077.146 y T. P. No. 184.941 del C. S. de la J. como apoderada principal y al jurista Nicolás Eduardo Ramos Ramos quien se identifica con la C.C. No 1.018.469.231 y la T. P. No. 365.094 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de Porvenir S.A., en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A contra la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021,

por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Gladys Gutiérrez de Castaño, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Colpensiones y Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Provenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses. Finalmente, pide lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 68 a 70 (C.D. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis se indicó que: nació el 30 de marzo de 1958, se afilió al otrora ISS desde el 20 de octubre de 1988, en el que permaneció hasta el 17 de octubre de 1995, data en la que se afilió a Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.; el asesor del fondo de pensiones le ofreció como beneficios la posibilidad de pensionarse a una edad temprana, con una mesada pensional alta, incluso se le devolverían los aportes si no deseaba pensionarse; también se le dijo que el ISS se liquidaría, pero no se le informó el capital requerido para acceder a una prestación de retiro programado o de renta vitalicia, el valor del capital requerido para que los beneficiarios accedieran al ahorro programado, el plazo para retornar al RPMPD, ni una proyección pensional en la que se evidenciaran las diferencias entre ambos regímenes; el formulario de afiliación no cuenta con información, clara, precisa y suficiente, por lo que el traslado no acaeció de manera libre y voluntaria; a través de comunicación del 4 de enero de 2019 el fondo de pensiones le comunicó que en la cuenta de ahorra individual acumulaba un capital de \$535.229.416, por lo que accedería a una pensión equivalente a \$2.195.900, la cual es inferior a la recocería Colpensiones, por lo que presentó reclamación administrativa ante la administradora del RPMPD y derecho de petición a Porvenir S.A. para retornar al régimen público, resolviéndose las solicitudes de manera adversa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación como consta en el escrito incorporado a folios 115 a 133 (archivo 01 C.D. fl. 2), en el que se opuso a todas las pretensiones. Respecto de los hechos aceptó el natalicio de la actora, la afiliación a esa administradora, la reclamación administrativa y su respuesta, sobre los demás dijo no ser ciertos o no constarles. Como excepciones de mérito propuso las excepciones de 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.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 139 a 159 (C.D. fl. 2 archivo 01); en cuanto a los hechos aceptó la data de nacimiento de la activa, la afiliación a Porvenir S.A., el derecho de petición y su respuesta y el capital ahorrado para enero de 2019. Incoó como excepciones de fondo, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe

En audiencia del 17 de septiembre de 2020 (archivo 07 C.D. fl. 2) se saneó el proceso y se ordenó la vinculación de Protección S.A., como litis consorte necesario por pasiva.

Protección S.A, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 08. C.D. fl. 2); no aceptó ningún hecho. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación 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 derechos de terceros de 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. 2 archivo 12), declaró la nulidad del traslado al RAIS el 17 de octubre de 1995, por medio de Horizonte S.A, hoy AFP Porvenir S.A. así como las afiliaciones posteriores a Davivir hoy Protección S.A., condenó a Porvenir S.A., a reintegrar a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses causados, y a ésta última a recibir esas sumas; declaró no probadas las excepciones propuestas e impuso costas en cuantía de un SMLMV, a cargo de cada una de las AFP.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, el apoderado de Colpensiones, la recurre debido a que la demandante se encontraba en una provisión legal, establecida en el artículo 2º de la ley 797 de 2003; no acreditó los vicios de consentimiento; hubo una ratificación expresa o tácita que saneó el presunto vicio del contrato al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato como son los descuentos con destino al ahorro individual y los traslados entre fondos privados; respecto al deber de información se materializó a través de la ley 1748 de 2014, por lo que para la data de la afiliación las AFP cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de vinculación, sin que se exigiera otro documento; la actora no estaba exonerada del deber de concurrir ilustrada sobre el régimen pensional, máxime cuando es una profesional del derecho.

A su vez, Porvenir S.A. infiere que el hecho de que no se encuentre como tal un documental con la información específica que se le otorgó a la demandante al momento de la vinculación, no implica que no se brindara dicha ilustración, incluso dentro del interrogatorio de parte, la demandante manifestó características propias del RAIS, los requisitos para pensionarse en el RPMPD, para la época del cambio de régimen el legislador no exigía documentar la información que se daba de manera verbal; el despacho parte del supuesto de que las condiciones, que actualmente tiene la demandante, eran conocidas para en el año 95, cuando apenas tenía 250 semanas cotizadas, es decir, se encontraba a más de 20 años de consolidar una mesada pensional, sin que fuera dable

establecer que le era más favorable uno u otro régimen, por lo que tampoco existía obligación de realizar proyecciones pensionales; si bien la accionante no es especialista en seguridad social, en razón a sus conocimientos profesionales no es un afiliado lego, ya que conoce la normatividad y en caso de no conocerla, sabe revisarla e interpretarla; en lo correspondiente a la devolución de las sumas descontadas para la aseguradora, los referidos dineros se destinaban para el momento en que la demandante, sufriera alguna contingencia de invalidez o muerte y aseguradora, podría pagar el 100% de las prestaciones a Gutiérrez de Castaño o a sus beneficiarios, aunado a que esos rubros fueron trasladados a un tercero.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir presentó alegatos en esta instancia, en los reiteró los motivos por los cuales recurre la decisión y agregó que la demandante contó con innumerables oportunidades para retornar el RPMPD, pero no ejerció ese derecho.

La parte actora petitionó se confirme la sentencia de apelada.

A su vez, Colpensiones reitera los fundamentos de la apelación adicionando que en caso de mantenerse la decisión de ineficacia de la afiliación, también se confirme la orden de devolución de todas las sumas de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones S.A. hace referencia en su recurso de apelación a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por

cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al 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, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 63 años de edad, en tanto nació el 30 de marzo de 1958 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 31 C.D. fl. 2 archivo 01); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 17 de octubre de 1995 efectivo el 1° de noviembre del mismo año a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. fl. 209/pdf 263 (C.D. fl. 2 archivo 01) 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 esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “el formulario de afiliación de Porvenir S.A. firmado al momento de la vinculación no presenta la información suficiente, clara y concisa que permita tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva 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 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 Horizonte hoy Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 17 de octubre de 1995, efectivo a partir del 1º de noviembre de la misma anualidad fl. 209/pdf 263 (C.D. fl. 2 archivo 01). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio aseguró que es abogada y en la actualidad labora en la seccional Zipaquirá de la Fiscalía General de la Nación, inicialmente cotizó a Cajanal y a partir de 1991 al ISS, cuando se le nombró como Inspectora Penal de Villavicencio; en 1995 se trasladó a Porvenir S.A. a causa de que un asesor de esa AFP acudió a su lugar de trabajo y le aseguró que el otrora

ISS y Cajanal iban a liquidarse, por lo que los aportes estaban en riesgo, también menciono que la mesada pensional iba a ser mejor que la del régimen público, accediendo a la prestación cuando quisiera, a la edad que deseara, que los beneficiarios al momento del deceso podían retirar los dineros, incluso mencionó que Horizonte, era una empresa que efectuaba inversiones, por lo que los aportes estarían más seguros, debido a esas ventajas tomó la decisión; la explicación fue individual, en su oficina de 10 a 15 minuto, pero no se le explicó el modelo del RAIS, ni se le hizo entrega del reglamento de la AFP, no se elaboró proyección de la mesada pensional; el asesor diligenció el formulario; no recibió extractos trimestrales de Horizonte y de Porvenir S.A. hace unos 3 o 4 años los recibe; se cambió a ING hoy Protección S.A. por cuanto le señalaron los beneficios de estar en el RAIS; solicitó el traslado a Colpensiones, mientras pero la administradora no accedió debido a que ya se encontraba inmersa en la prohibición legal; el asesor del fondo privado le dijo que la pensión ascendería a \$1.200.000, mientras que en Colpensiones sería de \$4.000.000; desconoce en qué consiste derecho de retracto; sabe que para pensionarse en el RPMPD requiere "las semanas que tampoco sé cuántas son y la edad".

*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. Ahora, pese a que la actora relató algunas características del RAIS, no puede colegirse de ello el conocimiento de las modalidades pensionales o que se le indicaran las eventuales características adversas, además, contrario a lo expresado en la apelación la demandante ni siquiera conoce el número de semanas a cotizar en el RPMPD.*

También resultan poco acertadas las consideraciones de que la demandante no se trata de un afiliado lego ya que es abogada y por ello conoce la ley, nótese que dentro del interrogatorio rendido se puede establecer que para 1991 ya era abogada pues se desempeñaba como inspectora, y que desde tal época presta sus servicios en el área penal, aunado a que a la fecha labora para la Fiscalía General de la Nación, entidad que no hace parte del sistema general de pensiones, como es bien sabido por los abogados apelantes, por lo que no es posible exigirle conocimiento expedito en la materia.

*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 el folio 160/pdf 214 (C.D. fl. 2 archivo 01) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Horizonte hoy Porvenir S.A**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio folio 160/pdf 214 (C.D. fl. 2 archivo 01) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga procesal del artículo 167 del CGP.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora 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.

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 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, 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 de las 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, y es que es apenas natural que se devuelvan todos los dineros aportados y generados en el RAIS para que pueda retrotraer el estado de afiliación de la demandante.

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

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 Porvenir S.A, incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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 de nulidad del traslado del régimen pensional 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, la nulidad del traslado de régimen pensional 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 de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

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 CAMILO ANTONIO CASTAÑO MARTÍNEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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. María Camila Bedoya García identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y la T.P. No. 288.820 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con la C.C. No 37.627.008 y la T. P. No. 221.228 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por la demandada, Colpensiones contra la sentencia del 31 de agosto de 2021, proferida 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 la afectan.

ANTECEDENTES

Camilo Antonio Castaño Martínez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección S.A., para que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, administrado por la AFP convocada, ante la inobservancia en el deber de información de ésta, consecuentemente se declare que nunca se trasladó al régimen privado y se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; a Colpensiones a activar la afiliación en el RPMPD, recibir las sumas trasladadas y actualizar la historia laboral. Se condene a las demandadas lo ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 2 a 4 del expediente digitalizado (archivo 001 del C.D. de folio 2), en los que en síntesis indicó que: inicio sus aportes en pensión a través del RPMPD; suscribió formulario de afiliación en el RAIS a la A.F.P Davivir, hoy Protección S.A. el 2 de abril de 1998 y el 26 de noviembre de 2002 los suscribió un nuevo formulario con esta última; que su afiliación a la A.P.F Davivir se dio porque a su lugar de trabajo se presentó un promotor de este fondo de pensiones asegurando que el ISS, estaba pasando por problemas financieros lo que llevaría eventualmente a su liquidación y le aseguró que debido a esta situación era necesario afiliarse a un fondo privado de pensión a través de la firma del formulario, sin embargo, no le explicó, de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre los regímenes pensionales, sobre las ventajas y desventajas en cada uno de ellos; no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente, pertinente y objetiva para prever las

consecuencias futuras que le acarrearía el traslado; es decir, omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de esa decisión, ni de las características de ambos regímenes pensionales; que no se le informó sobre las condiciones podría acceder a una pensión, cuáles eran los factores que podrían determinar su mesada pensional, tales como saldos existentes en su cuenta de ahorro individual, ganancias o pérdidas ocasionadas por el manejo financiero efectuado por el fondo de pensiones, la edad de sus beneficiarios, entre otros; que le fueran a realizar descuentos por gastos de administración, o seguros previsionales. Agrega que su ingreso base de liquidación es aproximadamente de \$6.887.495, por lo que su mesada pensional en el RPMPD podía ser de \$4.521.567; debido a la falta de información solicito a la A.F.P Protección, a través de sus canales electrónicos, la anulación de su afiliación, mediante petición radicada el 26 de junio de 2020, lo que igualmente pidió a Colpensiones en escrito radicado el 29 de julio de 2020, reclamaciones que fueron respondidas negativamente. Y en la respuesta ofrecida por la AFP le indicó que tendría derecho a una pensión equivalente a \$3.796.210 en el RPM, mientras que, en RAIS, su pensión sería de \$877.803; y que el 15 de septiembre de 2020 radicó ante la A.F.P PROTECCIÓN, en sus canales digitales solicitud para que le fueran entregados los soportes sobre la asesoría y mediante comunicación del 29 de septiembre que no tienen constancia de la información brindada porque la misma se brindó de manera verbal.

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, (archivo 006 del expediente digitalizado, C.D. de folio 2); en cuanto a los hechos aceptó las afiliación y cotizaciones realizadas en el RPMPD con el ISS, la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no son ciertos y no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Protección S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado en el archivo 008 del expediente digitalizado (C.D. de folio 2), en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la afiliación al RAIS a través de la AFP Davivir hoy Protección S.A., la proyección de pensión realizada por solicitud del promotor y la reclamación de nulidad presentada ante esa entidad, así como su respuesta negativa; frente a los demás manifestó no ser ciertos y no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara 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 anexa en cd fl 2) en la que declaró a ineficacia de la afiliación del señor Camilo Antonio Castaño Martínez, realizada ante la AFP Davivir Pensiones y Cesantías hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el 2 de abril de 1998; que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPMPD. En consecuencia ordenó a la AFP Protección S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones y rendimientos, para lo cual concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; a Colpensiones a recibir los dineros trasladados y actualizar la historia laboral. Sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo únicamente la demandada Colpensiones la recurre en apelación, inconformidad que se concreta solicitar que se adicione la decisión de primera instancia, en sentido de ordenar también la devolución de los gastos de administración, como consecuencia de la ineficacia de la afiliación o traslado, los cuales se deben tener en cuenta para el financiamiento de la pensión del demandante y para garantizar la sostenibilidad del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones presentó alegatos en esta instancia reiterando las manifestaciones hechas en el recurso de apelación, insistiendo en que se adicione la sentencia para que se incluya devolución de los gastos de administración.

A su vez, la parte actora solicita se confirme la decisión recurrida.

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 el punto de inconformidad planteado por Colpensiones, en su recurso de apelación, y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que la afectan.

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

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. En este sentido, se hace preciso destacar que en primera instancia se declaró la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS efectuada por intermedio de Protección S.A., decisión que no mereció reparo por parte de dicha AFP, mostrándose conforme al respecto, siendo ésta quien tenía 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 quien tiene la información sobre el particular, al

haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna en este punto.

En razón a lo anterior, la Sala no analizará si en el presente asunto se configura o no la alegada nulidad, hecho que ya quedó establecido en primera instancia y que, en todo caso, correspondía desvirtuar a Protección S.A., por lo que el estudio se limitará únicamente a las consecuencias derivadas de dicha declaratoria que afectan a Colpensiones, así como la inconformidad al no ordenarse en primera la devolución de los gastos de administración.

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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, 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 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 atención 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 las AFP accionadas, 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 ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos, 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.

Pese a que en la sentencia objeto de alzada se condenó a ambos los fondos de pensiones a devolver la totalidad de los aportes girados por concepto de cotizaciones del actor juntos con sus rendimientos, no se ordenó la devolución de los gastos de administración y seguro previsional. Así que para no causar confusión, y ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar a al señor Castaño Martínez en el momento de su traslado, que trajo aparejada la nulidad o ineficacia de la afiliación, se debe adicionar la sentencia apelada en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que el demandante permaneció afiliado, y confirmar la decisión apelada y consultada en los demás. Acotando que, no puede perderse de vista que el propósito del legislador al garantizar los derechos en un marco de sostenibilidad financiera presupone acabar con “desequilibrios pensionales”, entendiendo por tales los que exigían menos cargas pero otorgaban mayores beneficios, sin una justificación aparente; circunstancia que no se configura en el sub examine, toda vez que la declaratoria de nulidad o ineficacia de traslado de ninguna manera implica que la accionante pueda acceder a las prerrogativas prestacionales del régimen de prima media con una menor carga contributiva. 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, lo cual no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

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, el traslado de régimen pensional 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.- Adicionar la sentencia apelada y consultada en el sentido de ordenar a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones los dineros descontados por concepto de seguro previsional y gastos de administración debidamente indexados por el tiempo que la demandante permaneció afiliado en el RAIS Por lo dicho en la parte motiva de esta decisión.

Segundo.- Confirmar en lo demás la sentencia 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 ZANDRA ASTRID PARRA NIÑO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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,

A U T O

Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de Porvenir S.A.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad dentro

del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Zandra Astrid Parra Niño, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administrado Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS por medio de Horizonte hoy Porvenir S.A., en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a registrar en su sistema de información como invalida la vinculación y a actualizar la historia laboral previa activación de la afiliación en el RPMPD. Finalmente, pide lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 a 5 (C.D. fl. 2 archivo 01), en los que en síntesis se indica que: nació el 26 de octubre de 1960, inicialmente cotizó a pensiones a través de Cajanal, cotizando un total de 555 semanas al 31 de octubre de 1994; se vinculó al RAIS a través de la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A., fondo de pensiones al que ha realizado cotizaciones desde el 1º de noviembre de 1994, cuando se afilió al fondo privado, no se le suministró información que le permitiera tomar la decisión de cambio de régimen de manera libre, ya que no conoció que la redención del bono pensional para las mujeres en el RAIS es a la edad de 60 años edad y en caso de hacerlo de manera anticipada afecta el capital de financiación de la prestación pensional. Tampoco se le presentaron los escenarios comparativos entre uno y otro régimen pensional, lo que denota la insuficiencia de la ilustración. En el tiempo que ha permanecido afiliada al RAIS nunca recibió asesoría profesional de las alternativas para la construcción de la pensión, a la presentación de la demanda contaba con 1831 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones

formuladas (C.D. fl. 2 carpeta 05 archivo 04); en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora, sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso la excepción previa de falta de competencia y de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, 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, la innominada o genérica.

Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones (C.D. fl. 2 carpeta 06 archivo 02); en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a Porvenir S.A. Propuso las excepciones perentorias de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación 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. 2) declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A.; condenó a la AFP a transferir a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual, junto con rendimientos y comisiones por administración debidamente indexadas, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima; ordenó a Colpensiones a recibir los dineros y reactivar la afiliación sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas; informó a Colpensiones que puede adelantar las acciones civiles para obtener le pago de perjuicios. Condenó en costas a Porvenir S.A. en cuantía de \$1.890.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: Porvenir S.A. la recurre debido a que no opera la ineficacia de traslado ya que para ello según el art. 271 de la ley 100 de 1993, es necesario la demostración del dolo, asunto que no se acreditó ya que suscribió de manera libre el formulario de vinculación, incluso confesó sobre la

información suministrada al momento de la afiliación al RAIS, de manera que conoció todas las características del régimen; también dijo que eligió entre varios fondos de pensiones; deben probarse los perjuicios; el formulario de afiliación, no es un simple formato, su elaboración atiende a los lineamientos de la ley 100 de 1993, sin que para la fecha del traslado fuera indispensable el deber del buen consejo y aun así se le dio la ilustración necesaria de acuerdo a los preceptos legales vigentes para ese entonces; ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS realizando aportes durante más de 20 años; la demandante no es beneficiaria el régimen de transición por lo que no debe darse aplicación al precedente; las costas son excesivas.

Colpensiones considera que el traslado se dio de manera libre, toda vez que no medió coacción, sin que le indujera a error por parte de AFP, máxime cuando al absolver el interrogatorio narró las características del RAIS; solicitó el cambio de régimen pensional luego de que estaba inmersa en la prohibición de artículo 2º de la ley 797 de 2003; mientras estuvo afiliada en el RAIS no acudió ni a Colpensiones ni ante ninguna otra administradora para recibir información sobre su futuro pensional.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir presentó alegatos en esta instancia, en los reiteró los motivos por los cuales recurre la decisión y agregó que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración ni primas de seguros.

La parte actora petición se confirme la sentencia de apelada.

A su vez, Colpensiones reitera los fundamentos de la apelación adicionando que la activa no es beneficiaria del régimen transición.

CONSIDERACIONES

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

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones S.A. hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al 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, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 56 años de edad, en tanto nació el 26 de octubre de 1960 conforme se establece con la copia de su registro civil de nacimiento (fl. 22 C.D. fl. 2 archivo 01); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 26 de septiembre de 1994 efectivo el 1° de octubre del mismo año a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. fl. 135 (C.D. fl. 2 carpeta 06 archivo 02) 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 esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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 "la información suministrada por la administradora del RAIS HORIZONTE AFP, hoy PORVENIR, fue insuficiente para permitir el adecuado ejercicio de la libertad al momento de afiliarse a dicha administradora ", 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 Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 26 de septiembre de 1994, efectivo a partir del 1º de octubre de la misma anualidad fl. 135 (C.D. fl. 2 carpeta 06 archivo 02). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que en 1994 trabajaba para el ICFES, así que debido a que Cajanal iba a desaparecer, los fondos de pensiones acudieron a su lugar de trabajo, en donde se dieron varias capacitaciones y les informaron que también desaparecería el otrora ISS; los fondos privados bombardearon con los beneficios que iba a recibir; todos los fondos que existían en ese momento les realizaban visitas constantes vendiéndoles la información de las AFP, que no le aclararon lo que iba a recibir después de más 30 años de aportes, que en la actualidad es equivalente a un SMLMV; todos los fondos

le hablaron de beneficios, entre esos que se le entregaría todo el dinero una vez cumpliera con la edad y el tiempo de servicio; en cuanto a la asesoría de Horizonte, ese fondo hizo la charla de manera personalizada que tuvo una duración de 15 a 20 minutos, en esa época tenían mucha información de los fondos privados, ya que todos estaban ofreciendo lo mismo; no se le dijo que la pensión dependía del dinero en la cuenta de ahorro individual, no se le comunicó el derecho de retracto, ni se le habló del término para retornar al RPMPD; se le ilustró acerca de la posibilidad de heredar los dineros en la cuenta de ahorro individual, sumas que además causaban rendimientos; cuando firmó el formulario no se le habló de la posibilidad de realizar aportes voluntarios, pero supo de ello en una charla con los otros fondos; no realizó aportes voluntarios; algunas veces recibió los extractos; se trasladó a Porvenir en 1996 debido a que Horizonte iba a desaparecer, pero en esa oportunidad tampoco se le dijeron las ventajas y desventajas de permanecer en el RAIS; no pidió a Colpensiones una proyección pensional, aquella la elaboró Porvenir S.A; no acudió antes de los 47 años de edad a solicitar el traslado debido a que desconocía la norma; es profesional es trabajo social magister en administración y supervisión educativa.

*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. Ahora, pese a que la actora relató algunas características del RAIS, lo cierto es que ello no implica que conociera a plenitud las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales al momento del traslado.*

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y

otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en septiembre de 1994.

*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 el folio 64 (C.D. fl. 2 carpeta 06 archivo 02) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Horizonte hoy Porvenir S.A**, conforme a lo analizado y no condensa lo que realmente se dio previo al traslado de régimen pensional. Percátese que allí no se hace mención en lo más mínimo al derecho de información a cargo de la AFP.*

Incluso, de la revisión de la solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias como se observa en los anexos incorporados en el folio 64 (C.D. fl. 2 carpeta 06 archivo 02) 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, la 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 la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga procesal del artículo 167 del CGP.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por las accionadas relativas que la actora 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.

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 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, 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; 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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., , incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos,

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.

sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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 de nulidad del traslado del régimen pensional 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, la nulidad del traslado de régimen pensional 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.

MONTO DE LAS COSTAS

Otro de los reparos de Porvenir S.A. tiene que ver con el valor fijado por concepto de agencias en derecho. Frente a este punto basta señalar que no es ésta la oportunidad procesal para controvertir dicho monto, teniendo en cuenta lo previsto en el numeral 5° del artículo 366 del CGP aplicable por remisión del artículo 145 del CPT y SS

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,

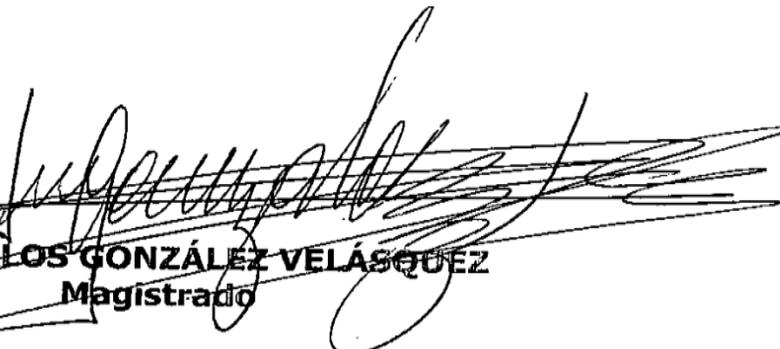
R E S U E L V E

Primero.- Confirmar la sentencia apelada y consultada.

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

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 NUBIA RAQUEL BERMÚDEZ MENDOZA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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,

A U T O

Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de Porvenir S.A.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida el 24 de agosto de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia; y en el grado jurisdiccional de consulta respecto de las condenas impuestas a Colpensiones que no fueron objeto de recurso.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Nubia Raquel Bermúdez Mendoza, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la AFP Porvenir S.A., para que se declare la nulidad del traslado al RAIS, en consecuencia, se condene a al fondo de pensiones a devolver a Colpensiones el capital y los rendimientos financieros, y a ésta última a recibir los dineros contabilizándolos como semanas efectivamente cotizadas y al posterior reconocimiento de la pensión de vejez. Finalmente, pide lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 99 a 101, en los que en síntesis se indica que: nació el 1º de marzo de 1962 por lo que a la presentación de la demanda contaba con 57 años; estuvo afiliada al otrora ISS entre el 1º de marzo de 1982 al 31 de diciembre de 1994, lapso en el que cotizó a través de sus empleadores, acumulando 314,86 semanas cotizadas; mientras estaba afiliada al IDEMA fue abordada por un asesor de Porvenir S.A., quien le expuso como beneficios la posibilidad de pensionarse a la edad y con el monto pensional que deseara sin que se señalaran los requisitos para ello, además de guardar silencio sobre las consecuencias jurídicas de la adherencia al fondo; se le dijo que el ISS quebraría y los afiliados de dicha administradora no tendrían posibilidad de pensionarse, incluso se estimó que la prestación pensional a la que accedería con la administradora pública sería inferior a la mesada inicial en la AFP, pero nada se ilustró sobre las ventajas y desventajas del régimen privado; con ocasión a la información recibida suscribió el formulario de afiliación; el fondo de pensiones contaba con la posibilidad determinar que era más conveniente el RPMPD, en la actualidad tiene 1410 semanas cotizadas; agotó reclamación administrativa ante Colpensiones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Porvenir S.A., dio contestación a libelo oponiéndose a la totalidad de las pretensiones folios 118 a 132; en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a Porvenir S.A., a los demás dijo

que no eran ciertos o no le contaban De fondo propuso las excepciones enlistadas así: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Colpensiones, dio contestación en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 201 a 213; en cuanto a los hechos aceptó: el natalicio de la actora y la edad al momento de presentar la demanda, su afiliación al ISS, las semanas cotizadas y la reclamación administrativa; sobre los restantes manifestó que no le constan o no son ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la 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. 245) declaró ineficaz el traslado al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A.; condenó al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos financieros, frutos e intereses, bonos pensionales y gastos de administración sin descuento alguno de la cotización; y a ésta última a autorizar el traslado, así como a reconocer y pagar la pensión de vejez una vez se acredite en debida forma el traslado de los aportes y la desafiliación del sistema general de pensiones; autorizó a Colpensiones a realizar los descuentos en salud; también se declaró que Colpensiones puede acudir a reclamar los perjuicios; se relevó de imponer costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: Porvenir S.A. la recurre debido a que se afecta la sostenibilidad financiera, la confianza legítima y la buena fe, pues el fondo de pensiones cumplió con el deber de información que le asistía y el cual se acreditaba con el formulario de afiliación, que a para la data del traslado constituía plena prueba de la vinculación y de que la demandante tuvo un conocimiento informado que llevó a la afiliación a Porvenir S.A.; no se puede

retrotraer las cosas a su estado original, pues se declaró la ineficacia y no la nulidad, por lo que se trasgrede la inescindibilidad de la norma, así que si se trasladan los rendimientos financieros se da validez al traslado para el demandante, mientras que a la administradora se le obliga a restituir los gastos de administración, lo que afecta derechos de terceros como las administradoras, no hay merma en el capital ya que se causaron rendimientos y los gastos de administración se descuentan por ley, causando con ello un enriquecimiento sin justa causa al demandante, toda vez que en el RPMPD no se causan rendimientos.

Colpensiones considera que no procede la ineficacia del traslado, ya que la afiliación al RAIS se hizo de manera voluntaria y sin presiones, además de que fue ratificada con más de 20 años de aportes; también se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 797 de 2003, sin que sea beneficiaria del régimen de transición; tampoco realizó solicitud de información con anterioridad al año 2019, sin que la actora cumpliera con el deber de informarse de su futuro pensional; tampoco se acreditó vicio de consentimiento alguno.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Porvenir S.A. y Colpensiones reiteraron los motivos por los cuales recurren la decisión.

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 Colpensiones y Porvenir S.A. y en consulta frente aquellas condenas no apeladas y que le afectan a Colpensiones.

ACLARACIÓN PREVIA

Colpensiones S.A. hace referencia en su recurso de apelación y en los alegatos a la restricción de traslado de la parte actora, pues insiste que el mismo no resulta procedente por cuanto a la fecha la actora no cumple con la edad requerida para poder retornar al 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, por tanto, es un hecho indiscutible que en la actualidad la demandante cuenta con 56 años de edad, en tanto nació el 1º de marzo de 1962 conforme se establece con la copia de su cédula de ciudadanía (fl. 68); sin embargo, la corporación recuerda que lo que se debate en el sub examine es la nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional realizado el 17 de agosto de 1994 efectivo el 1º de septiembre del mismo año a la AFP Porvenir S.A. fl. 174 vto). 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 esgrimidos en el recurso en este punto.

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

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo "los asesores comerciales y funcionarios de la AFP Porvenir S.A. omitieron informar de manera clara, completa (...) las consecuencias del cambio de régimen pensional y de las eventuales condiciones adversas de la decisión", 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 Porvenir S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 17 de agosto de 1994, efectivo a partir del 1º de septiembre de la misma anualidad (fl. 174 vto). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

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

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en agosto de 1994. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

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 el folio 151 rvs. y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma conforme a la cual “hago constar que la selección de 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. 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 como se observa en los anexos incorporados en el folio 151vuelto se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

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

formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga procesal del artículo 167 del CGP.

Tampoco son de recibo las explicaciones traídas por Colpensiones relativas a que la actora 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.

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 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, 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 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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás

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.

emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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 Porvenir S.A. en la apelación.

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.

PENSIÓN DE VEJEZ

De otro lado, solicitó la parte demandante el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes bajo las previsiones del artículo 33 de la ley 100 de 1993; disposición que establece como requisito para acceder a la prestación pensional, en el caso de las mujeres, el cumplimiento de los 57 años de edad, y 1300 o más semanas de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos. Al respecto, la Sala advierte que, si bien la actora cumplió los 57 años de edad el 1º de marzo de 2019, conforme se establece con su fotocopia de la cédula de ciudadanía (fl. 68); lo cierto es que sólo alcanzaría las 1300 semanas exigidas por la norma en cita cuando se efectúe el traslado de los aportes realizados en el RAIS, no asistiéndole ninguna obligación a Colpensiones en el reconocimiento de la pensión de vejez, hasta tanto se efectúe dicho traslado de aportes por parte de la AFP Porvenir S.A. lo que de contera permite la liquidación de la mesada pensional. En tal sentido, una vez se realice el traslado de los valores recibidos en la cuenta de ahorro individual de la accionante, incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, Colpensiones deberá

realizar los trámites administrativos tendientes al estudio del reconocimiento del derecho pensional, tal y como se determinó en la sentencia de primera instancia

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional 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, la nulidad del traslado de régimen pensional 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 de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.*

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 WILSON MARTIN VILLALBA LARA CONTRA CEMEX PREMEZCLADOS DE COLOMBIA S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia del 23 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Wilson Martin Villalba Lara, por medio de apoderado judicial, demando a Cemex Premezclados de Colombia S.A., para que se declare, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo el cual finalizó por causa

imputable al empleador. En consecuencia, se condene a la enjuiciada al reintegro del extrabajador al cargo que ocupaba antes del despido, al pago de los salarios dejados de percibir, la indemnización de que trata el artículo 65 del CST y por las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones narró los hechos enlistados a folios 83 a 87 del expediente, en los que en síntesis indicó que: 8 de mayo de 2012 suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido inicialmente con Malcom Ltda., el cual fue objeto de sustitución patronal a Cemex Premezclados de Colombia S.A.; ocupó el cargo de agente de servicio, percibiendo como último salario promedio la suma de \$2.700.000; ejerció la labor de manera personal en un horario de lunes a sábado en promedio de 10 a 12 horas diarias, sin que durante la ejecución del contrato de trabajo se presentaran llamados de atención; el 23 de abril de 2019 el empleador programó el transporte de una carga de cemento a la obra Aliso Ciudad Verde Soacha, por lo que se cargó la Mixer con 16 toneladas de cemento, por lo que luego de realizado el pesaje el vehículo en total tenía 32 toneladas de peso; el vehículo cargado debía movilizarse por la vía denominada "la trocha", la cual sólo tiene un peso máximo permitido de 28 toneladas, misma cantidad autorizada para el camión con designación 3 doble troque conforme a la Resolución 004100 del 28 de diciembre de 2014, por lo que el automotor tenía un sobrepeso de "3.3 toneladas", el tránsito por la vía se encontraba dentro del rutograma suministrado por la empresa, en el que además se anotó que el trayecto se encuentra en condición "regular", sin que conste que en el lado derecho hay un canal de aguas negras ni el límite de peso del terreno; debido al peso de la Mixer, carreteó el vehículo a 15 km/h, deteniéndose en la parte angosta de la carretera al paso de una camioneta que transitaba en sentido contrario, manteniendo con ello el 1X1 indicado en las capacitaciones de la empresa; al detener la marcha del carro el tramo en el que se encontraba se veía seco y sin peligro, sin embargo, al intentar arrancar nuevamente la llanta delantera derecha se enterró en el suelo a unos 40 cms del pasto, por lo que procedió a poner la dirección del vehículo en posición recta y darle marcha hacia atrás, al hacer el carro se movió 10 cms hacía la berma, por lo que decidió apagar la olla y el automotor, para evitar que se enterrara y se deslizara más; seguidamente se comunicó con el coordinador de planta, informándole lo sucedido, y solicitando el envío de las

grúas, además de ello, tomó material fotográfico del evento remitiéndolo al coordinador; el coche siguió enterrándose y deslizándose, hacia atrás y hacia la derecha por el peso, manteniéndose en pie durante 40 minutos hasta su volcamiento; las grúas arribaron hora y media después de su solicitud; grabó el lugar del siniestro en compañía del jefe directo de planta; con ocasión al volcamiento el automotor sufrió los daños propios de las gestiones de extracción en el lugar del accidente, pues demoró tres días su recuperación; pasados los días el terreno no se veía con agua y el pasto no presentaba hundimiento, como en el momento en el que tuvo lugar el desplome; el 26 de abril de 2019 se le citó a presentar el aviso de siniestro de vehículos propios, en donde el supervisor de vehículos diligenció el formulario a su parecer, el entonces trabajador lo suscribió y dejó nota marginal de encontrarse en desacuerdo con el contenido, debido a que los hechos ocurrieron de una manera distinta. Luego, el 27 del mismo mes y año, se le cita a la diligencia de descargos que se llevará el 29 de ese mes, sin que se advirtiera en la citación la posibilidad de ser asistido por los miembros del sindicato dos testigos; en la diligencia de descargos no se le mostró prueba alguna con la que se demostrara la intención de perjudicar a la sociedad, de igual manera con las preguntas se buscaba inducir al error; el contrato de trabajo se dio por terminado el 7 de mayo de 2019; a la ocurrencia de los hechos la consorte del demandante se encontraba en estado gestante; a la presentación de la demanda o se le ha pagado la liquidación.

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. 110 a 135), se opuso a las pretensiones formuladas. Frente a los hechos aceptó la existencia del contrato de trabajo precisando que el nexo entre las partes fue a término indefinido, la sustitución patronal, los extremos del contrato de trabajo, el cargo desempeñado por el actor y un salario promedio en cuantía de \$2.596.223, la ocurrencia del accidente vial y la citación a descargos, sobre los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban. Como medios de defensa propuso la excepción previa de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y de fondo la que denominó cobro de lo no debido por

inexistencia de la obligación, inexistencia de la transgresión al debido proceso, buena fe, pago, prescripción y compensación.

En audiencia del artículo 77 del CPTSS, al resolver la excepción previa se determinó que de manera subsidiaria se estudiaría la indemnización moratoria del artículo 65 del CPTSS.

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 (C.D. fl. 177), en la que negó las pretensiones, en consecuencia, absolvió a la demandada de todas estas; declaró probas las excepciones de cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe, pago e impuso costas al demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo, la parte actora interpone recurso de apelación, ya que considera que procede la condena de la indemnización por el despido sin justa causa, toda vez, que la empresa no demostró que la terminación del contrato se realizara con justa causa. Por último infiere, respecto de esta solicitud que no la incluyó en las pretensiones de la demanda por ser excluyente del reintegro.

A su vez, el extremo demandado “respecto de la parte considerativa quisiéramos presentar recurso de apelación, sin perjuicio de que el efecto, en la parte resolutive no hubo condena en contra de mi representada”, dado que se acreditó la existencia de una justa causa, para la finalización de la relación laboral, máxime cuando el accidente vehicular generó pérdidas y daños a la empresa, ni atendió las reglas de distanciamiento para que los dos vehículos pasaran en el mismo tramo de la vía.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Cemex Premezclados de Colombia S.A. reiteró los motivos esbozados en la apelación.

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

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

A C L A R A C I Ó N P R E V I A

*Atendiendo a que lo pretendido en el recurso de alzada impetrado por la demandada es la modificación de las consideraciones de la sentencia de primer grado, a pesar de que no se profirió sentencias en su contra, debe precisarse, que no se encuentra legitimado el extremo pasivo para apelar la decisión toda vez que la sentencia **no** le fue adversa. Por lo que se procederá a estudiar en esta instancia, únicamente las suplicas del recurso sustentado por el extremo vencido en juicio.*

N E X O L A B O R A L

No fue objeto de controversia que entre el demandante y Cemex Premezclados de Colombia S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 8 de mayo de 2012 y el 7 de mayo de 2019, desempeñando como último cargo el de agente de servicios, con un salario básico mensual de \$1.425.300 y un salario básico mensual de \$1.209.028, hechos que se aceptaron desde la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo a término indefinido (fls. 13 a 18), carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 20 y 21) la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 21) y la certificación visible a folio 49.

D E S P I D O S I N J U S T A C A U S A

Solicita el demandante se fulmine condena por la terminación injusta del nexo laboral. Súplica que resulta nueva dentro del proceso, pues no fue parte de la

fijación del litigio la indemnización por el despido sin justa causa, por lo que incluirla dentro de la controversia en esta instancia, conllevaría la trasgresión del principio de congruencia de la sentencia que impone al juzgador la obligación de proferir su fallo de acuerdo con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si la ley así lo exige (art. 281 del CGP). Sin que dicha falencia de la demanda sea suplida por el juez en virtud de las facultades extra y ultra petita, porque para ello se requiere que los hechos en que se funda dicha decisión deben ser discutidos y probados dentro del proceso, facultad que sólo la tiene el juez de primera instancia, mas no el tribunal (art. 50 del CPT y SS). Por eso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 10 de marzo de 1998, señaló sobre el particular:

“El derecho de defensa y el debido proceso exigen que la relación jurídica procesal quede delimitada ab initio en el juicio. Es por eso que el demandante, al elaborar su demanda laboral, debe ser cuidadoso no sólo al formular sus pretensiones, sino de manera muy especial al presentar los hechos que constituyen la causa petendi. Si bien las falencias en cuanto a las primeras pueden ser reparadas en los juicios del trabajo por el juzgador de primer grado, a condición de que los hechos que le sirven de apoyo hayan sido planteados y discutidos en juicio, no puede ese mismo funcionario, ni ningún otro, corregir el rumbo del proceso trazado por el accionante, alterando la causa petendi en que éste fincó su acción.”

Aunado a lo anterior, precisa la Sala, que la demanda presentaba falencias en el petitum, ya que en aquel se solicitó el reintegro y de manera simultánea la indemnización del artículo 65 del CST, sin que en la admisión de la demanda se desestimara el trámite de aquella, por lo que se subsanó tal yerro en la audiencia prevista en el artículo 77 del CPTSS, de manera, que no es cierto que no contara el demandante con la posibilidad de incluir dicha condena, toda vez, que aun cuando la pretensión concerniente al artículo 64 del CST fuera excluyente, pudo proponerla e incluso contó con la posibilidad de reformar la demanda para incluirla como subsidiaria y no lo hizo, ni si quiera se invocaron facultades ultra y extra petita en las pretensiones, que facultaran a la falladora para pronunciarse.

Colorario de lo expuesto, se desestiman los planteamientos del recurso frente a la indemnización por despido sin justa causa.

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.*

Segundo.- *Sin costas en esta instancia.*

Notifíquese y cúmplase.


MILLER ESQUIVEL GAPPAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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

Magistrado Sustanciador: MILLER ESQUIVEL GAITÁN

AUDIENCIA PÚBLICA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA TERESA DÍAZ SUÁREZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA AFP PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora señalados por auto anterior para llevar a cabo la presente en el juicio referenciado, el Magistrado Sustanciador la declaró abierta en asocio de los demás magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión.

Acto seguido, el Tribunal procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia del 13 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Veintidós 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 Teresa Díaz Suárez, actuando por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y a la AFP Protección S.A., para que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación al RAIS, administrado por la AFP convocada, ante la inobservancia en el deber

de información de ésta, consecuentemente se declare que nunca se trasladó al régimen privado y se encuentra válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados en el RAIS si efectuar ningún descuento, junto con los rendimientos que se hayan generado. Se condene a las demandadas lo ultra y extra petita y por las costas del proceso y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 47 a 49 del expediente digitalizado (archivo 02 del C.D. de folio 2), en los que en síntesis se indicó que: nació el 13 de abril de 1961; se afilió y realizó aportes para pensión en el RPMPD con el ISS hoy Colpensiones desde el 20 de agosto de 1985 al 2 de abril de 1995, 303,29 semanas, ya que a partir del 1° de mayo de esa anualidad atendió la solicitud de traslado al RAIS con la AFP Protección S. A.; pero el asesor comercial de la AFP, no le entregó la información con transparencia necesaria en la exposición de razones debidamente sustentadas para garantizar sus derechos en la toma correcta de la decisión de elección del régimen pensional; no le efectuó ni le presentó proyecciones del monto de su pensión en cada régimen, es decir, no se le brindó información idónea sobre las ventajas o desventajas que se podía originar en el traslado; por el contrario se le indicó que de permanecer en el RPMPD su derecho pensional se podía ver afectado ya que el ISS iba a desaparecer y en el RAIS su pensión sería mayor y cualquier edad. Indica que permanece vinculada en la AFP y tiene 797.43 semanas cotizadas a 23 de julio de 2019; no se le advirtió sobre el impedimento que podía tener después de cumplir 47 años de edad para regresar al RPMPD, ni las consecuencias que en materia pensional ello implicaría; que el 20 de junio de 2019, solicito información a Protección S.A., sobre la asesoría brindada, obteniendo respuesta en la que se le indicó que no contaba con los medios para demostrarla y frente al cálculo de su mesada pensional de seguir cotizando en la forma que lo viene haciendo, tan solo alcanzaría para la garantía de pensión mínima a los 60 años de edad, mientras que en el RPMPD teniendo en cuenta el ingreso base de cotización sería aproximadamente de \$1.306.078; que el 23 de julio de 2019, presentó ante las demandadas solicitud de nulidad de la afiliación o traslado al RAIS, obteniendo respuesta negativa de ésta.

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. 77 a 109 del expediente digitalizado, archivo 02. del C.D. de folio 2); en cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las afiliación y cotizaciones realizadas en el RPMPD con el ISS, el traslado al RAIS con la AFP Protección S.A. las semanas cotizadas, la petición presentada ante esa administradora y la respuesta negativa ofrecida; frente a los demás manifestó que no son ciertos y no le constan. Como excepciones propuso las que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

A su turno, la AFP Protección S.A., en legal forma y dentro del término legal correspondiente, dio contestación al libelo, en escrito incorporado a 122 a 138 del expediente digitalizado (archivo 02 del C.D. de folio 2), en el que se opuso a las pretensiones incoadas en su contra; respecto de los hechos, aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A., el número de semanas cotizadas en el RAIS precisando que a la contestación de la demanda suman 853 la proyección de pensión realizada por solicitud del promotor y la reclamación de nulidad presentada ante esa entidad, así como su respuesta negativa; frente a los demás manifestó no ser ciertos y no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme a lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (grabación de audiencia anexa en cd fl 2) en la que declaró a ineficacia del traslado de la señora María Teresa Díaz Suárez al RAIS realizado el 3 de mayo de 1995; consecuentemente que se encuentra válidamente vinculada a RPMPD, como si nunca se hubiera trasladado; condenó a la demandada AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo las demandadas la recurren, así: la AFP Protección S.A., señala que reprocha la condena por la devolución de los gastos de administración debido a que éstos nunca hicieron parte del patrimonio de la AFP, y están establecidos legalmente en la Ley 100 de 1993 por lo que no hay razón para que tenga a su cargo trasladar ese dinero a Colpensiones, al tener éstos una destinación específica como por ejemplo, la compra de los seguros previsionales de la pensiones de invalidez y de sobrevivientes o para compra de las garantías o reservas a la inversión bursátil, y siempre fueron utilizados en pro de los rendimientos que se le generaron a los dineros del afiliado, y se generaron por la buena administración y gestión de la cuenta de ahorro individual del promotor, motivo por el cual, considera que éstos ya se encuentran compensados, y trasladarlos a Colpensiones significaría un enriquecimiento sin causa de ésta.

Por su parte la demandada Colpensiones argumenta que la AFP demandada cumplió con el deber de información, si tiene en cuenta no se encontraba previsto para el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación, acredita documentalmente la información brindada al momento de realizarse el traslado, por lo que no puede existir omisión por parte de la AFP y no se demostró vicios del consentimiento y la demandante no hizo uso de los mecanismos de retracto o retorno al RPMPD antes de que le faltaran menos de 10 años para pensionarse. Aunado a que la demandante ha permanecido

largo tiempo en el RAIS, ratificando su voluntad de estar en ese régimen, por lo que no tiene el deber de asumir la carga prestacional que acarrea la nulidad del traslado; lo contrario afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, la AFP Protección S.A. presentó alegatos en esta instancia reiterando las manifestaciones hechas en el recurso de apelación, insistiendo en que se revoque la sentencia en cuando ordenó la devolución de los gastos de administración.

A su vez, Colpensiones peticiona se revoque la decisión ya que es necesario dar prevalencia al interés general sobre el particular, protegiendo los recursos del sistema, revocando la decisión.

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 partes, 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 Protección S.A. quien tenía la carga de probar que efectivamente a la afiliada se le dio toda la información veraz, pertinente y segura de cuáles eran las condiciones de su eventual pensión en el RAIS (Ver sentencias del 9 de septiembre de 2008, radicación 31989; de 18 de octubre de 2017, radicación 46292, y del 3 de abril de 2019, rad. 68.852), es quien tiene la información sobre el particular, al haber sido la que impulsó el traslado de régimen pensional; sin que Colpensiones tenga injerencia alguna ni legitimidad para cuestionar este punto, como bien lo advierte en el recurso al no participar en ese negocio jurídico. 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 Protección S.A. el 3 de mayo de 1995 con efectividad desde el 1° de junio de la misma anualidad (fl 141 anexos a la contestación de la demanda de Protección S.A., (cd fl 2), decisión que no fue objeto de reparo por parte de dicha administradora, en la audiencia de juzgamiento, mostrándose, entonces, conforme con esa decisión. No obstante, la AFP Protección S.A, presenta reparo únicamente en lo concerniente a la devolución de los gastos de administración. Por lo que la alzada se restringe a revisar este punto, así como la procedencia o no de las condenas impuestas a Colpensiones.

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

En consideración a lo anterior, es claro que la declaratoria de nulidad del traslado implica para Colpensiones como administradora del régimen de prima media con prestación definida, que deba mantener la afiliación del accionante como si

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.

no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Protección S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado.

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, acotando que la decisión no conlleva un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones en razón que los dineros trasladados no ingresan a la entidad como tal sino al fondo común con el cual se financian las prestaciones económicas a cargo de la entidad.

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, en tanto declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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, el traslado de régimen pensional 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,

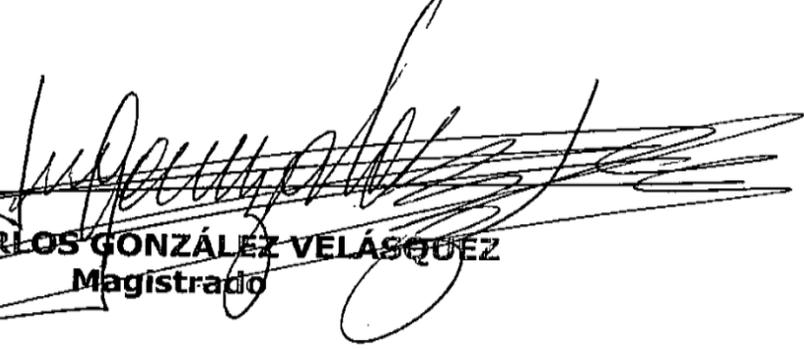
RESUELVE

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 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 CONSUELO FERNÁNDEZ VICTORIA CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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,

A U T O

Se reconoce personería al Dr. Jair Fernando Atuesta Rey quien se identifica con la C.C. No 91.510.758 y T. P. No. 219.124 del CSJ como apoderado judicial de la AFP Colfondos S.A., en la forma y para los efectos del poder general conferido.

Se tiene por reasumido el poder por el Dr. Alejandro Miguel Castellanos López identificado con C.C. No. 79.985.203 y la T.P. No. 115.849 del C. S. de la J. como apoderado de Porvenir S.A.

Notifíquese

SENTENCIA

Conoce el Tribunal del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones, contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Consuelo Fernández Victoria, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS con Porvenir S.A. y Colfondos S.A., en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones el total del dinero ahorrado en la cuenta personal y a ésta última a activar la afiliación y reconocer la pensión de vejez. Finalmente, pide lo ultra y extra petita, y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados, en los folios 4 a 19 y 116 a 118 (archivo 01. C.D. fl. 2), en los que en síntesis indica que: nació el 1º de agosto de 1960, por tanto, a la presentación de la demanda contaba con 59 años; inicio su vida laboral el día 30 de abril de 1982, cotizó al RPMPD por medio del otrora ISS hasta el 30 de noviembre de 1995 cotizando 612 semanas; para noviembre de 1995, mientras laboraba en la Personería de Bogotá, el asesor de Colfondos S.A., acudió a sus lugar de trabajo, diligenciando la solicitud de afiliación a esa AFP la cual fue efectiva el 1º de diciembre de 1995; la vinculación se dio con ausencia de información clara, objetiva y veraz, por lo que se le indujo en error, ya que no le brindo información que le permitiera establecer los reales alcances de la decisión de cambio de régimen; se le dijo que accedería a la pensión de manera anticipada, esto es, antes de los 57 años, pero no se le ilustró sobre las diferencias y escenarios de pensión en cada uno de los regímenes, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, ni la destinación de una proporción de la cotización a las pólizas de seguro y gastos de administración, la incidencia de los beneficiarios en el cálculo de la prestación; el asesor comercial afirmó que ante

la crisis del ISS no habría quien asumiera la pensión; al ser usuaria lego del sistema pensional, ignoraba las consecuencias reales de su determinación; en noviembre de 2002, nuevamente acudieron a su lugar de trabajo los asesores comerciales de Horizonte hoy Porvenir S.A., AFP que incurrió en las mismas falencias informativas que Colfondos S.A., aunado a que no le comunicó la posibilidad de retornar al RPMPD de conformidad a lo previsto en la ley 797 de 2003. En mayo de 2019, conoció por parte de Porvenir S.A. el monto "irrisorio" con el que se reconocería la pensión. Elevó solicitudes a las demandadas el día 12 de mayo de 2008 y el 14 de junio de 2019, las cuales se resolvieron por cada una de estas indicándole los documentos que tenían en su poder y adicionalmente Porvenir S.A. allegó una simulación pensional en la que se determina una primera mesada inferior a la que eventualmente recibiría en el régimen público. Impetró reclamación administrativa el 21 de octubre de 2019, la cual se resolvió de manera adversa a sus intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, Colpensiones dio contestación (fls. 127 a 183 269 C.D. fl. 2 archivo 01 y carpeta 03), aceptó el natalicio de la demandante, la afiliación al RPMPD, y su permanencia en aquel hasta el traslado al RAIS por medio de la AFP Colfondos S.A.; las peticiones elevadas el 12 de mayo de 2008, 14 de junio y 21 de octubre de 2019, así como sus respuestas. Sobre los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Incoó como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público, innominada o genérica e inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones.

Colfondos S.A, dio contestación en forma legal y oportuna (fls. 187 a 208 269 C.D. fl. 2 archivo 01 y carpeta 03), oponiéndose a las pretensiones formuladas; en cuanto a los hechos aceptó: la fecha de nacimiento de la activa, la afiliación a ese fondo de pensiones, la petición elevada y la respuesta a aquella, de los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Como medios de defensa propuso las excepciones de

fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios de consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago.

Porvenir S.A., dio contestación al libelo (fls. 217 a 269 C.D. fl. 2 archivo 01 y carpeta 03) oponiéndose a la totalidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la afiliación a esa AFP, a los demás dijo no ser ciertos o no constarle. Como excepciones de mérito propuso la de 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 la juez de conocimiento, ésta puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (fl. 2 carpeta 4) declaró la ineficacia del traslado de régimen y las afiliaciones horizontales en el RAIS, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones, los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos, ordenó a Colfondos S.A y Porvenir S.A a remitir a Colpensiones, los dineros que recaudados por concepto de gastos de administración; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, e impuso costas en cuantía de un SMLMV a cada uno de los fondos privados.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión del a quo: Porvenir S.A. la recurre debido a que no se valoró el consentimiento informado para la escogencia del régimen pensional, materializado con la del formulario de filiación, documento que no fue tachado de falso, habiendo sido asesorada como lo exigía el art 114 de la ley 100 de 1993, es decir no se trata de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación, sino de un requerimiento legal; tampoco procede la devolución de gastos por la administración, ya que en el RPMPD, se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de admiración, pensión de invalidez y sobrevivencias, aunado a que esos gastos no forman parte de la pensión de vejez

y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción, de igual manera al ordenar estos traslados, de estos gastos de administración a Colpensiones, se configura un enriquecimiento ilícito a favor de esa administradora, en la medida que pertenecen al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelanto para incrementar el valor del capital existente en la cuenta individual del afiliado. Finalmente, aduce que no se están teniendo en consideración las restituciones mutuas a que hay lugar en el presente asunto.

A su vez Colpensiones disiente de la decisión por considerar que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, además que no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que se declarara dicha nulidad; señaló que el traslado se hizo de forma libre, voluntaria y sin presión, ratificando su voluntad con la suscripción de los diferentes formularios de afiliación. En caso de confirmarse la decisión, se debe garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, esto es recursos de cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas, rendimientos, bonos pensionales, seguro provisionales, cuotas de administración, además de la cuenta individual, así mismo que no le sea permitido al fondo Porvenir S.A. descontar ninguna suma de dinero por conceptos de seguros de invalidez o de muerte y se ordenare la indexación de los valores trasladados y se mantenga firme la no condena en costas, toda vez que es un tercero ajeno al traslado del régimen pensional.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colfondos S.A. presentó alegatos en esta instancia, en los que solicita se revoque la decisión de primer grado.

El extremo demandante pide se confirme la sentencia apelada.

Por último Porvenir S.A., reitera los motivos de inconformidad planteados en el recurso de apelación, agregando que los gastos de administración y seguros previsionales no financian la pensión, por tanto, se encuentran afectados de prescripción.

CONSIDERACIONES

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

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

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

Igualmente, debe considerarse que una manifestación del tipo “el asesor de Colfondos (...) no brindó una información suficiente, clara y comprensible que le permitiera establecer (...) los reales alcances de la decisión de traslado”, 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 Colfondos S.A.** al momento del traslado del régimen pensional acontecido el 30 de noviembre de 1995, efectivo a partir del 1º de diciembre de la misma anualidad fl. 210 (C.D. fl. 2 archivo 01). Precisando que uno son los principios que orientan el derecho del trabajo y la seguridad social, artículos 48 y 53 de CP, 1º y ss del CST, y otros los que informan el derecho común.*

Bien, la demandante al absolver interrogatorio de parte aseguró que es administradora de empresas; se afilió en 1995 mientras prestaba sus servicios en la Personería de Bogotá, llegaron los asesores de la AFP diciendo que el ISS se iba a acabar, mientras que el fondo privado le aseguraba una pensión en buenas condiciones, por lo que confió en que la decisión era la mejor; laboró en Banco Cafetero, luego en 1994 se afilió a la Caja de Previsión Distrital, pero antes de eso estaba con el otrora ISS; sólo recibió y firmó el formulario que solicitaba sus datos, los de la entidad y los del núcleo familiar, no se elaboró una proyección pensional; para la época del cambio de régimen tenía 612 semanas, debido a ello el promotor le dijo que no era beneficiaria del régimen de transición, no conocía nada de pensiones; acudieron a su lugar de trabajo asesores de varios fondos de pensiones; no se le explicó que tendría una cuenta de ahorro individual, por el contrario se le afirmó que en el fondo privado tendría las mismas garantías que en el RPMPD, pero no se le explicaron los requisitos para acceder a la prestación, ni la posibilidad de aportes voluntarios, ni que los dineros de la cuenta de ahorro individual irían a sus herederos; para el momento del traslado conocía los requisitos pensionales en el Seguro Social; no acudió a Colpensiones pues estaba convencida de que estaba afiliada a una AFP sería y responsable que le garantizaría una pensión; se le aseguró que recibiría una mesada pensional igual a la de Colpensiones y creyó en esa información debido a que los promotores eran los expertos; en el año 2002 se

afilió a Horizonte S.A. ya que la persona de ese fondo le señaló que era lo mejor, la charla fue de manera personal en su lugar de trabajo. En el año 2008 solicitó el traslado a Colpensiones, pero ya se encontraba inmersa en la prohibición legal; desconoce que son los excedentes de disponibilidad y los bonos pensionales.

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

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse de ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en abril de 1994. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

*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 el folio 211 (C.D. fl. 2 archivo 01) y la ausencia de tacha o desconocimiento de dicho documento permita desvirtuar tal conclusión, la constancia inserta en la misma la cual “hago constar que la selección de régimen de ahorro individual con solidaridad la he efectuado en forma libre, espontánea y sin presiones” no acredita el cumplimiento de las obligaciones exigibles de la **AFP Colfondos S.A.**, dado 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 incorporados en el folio folio 211 (C.D. fl. 2 archivo 01) se advierte que dicha administradora ni siquiera informó a la actora de su derecho de retracto, consagrado en el artículo 3° del Decreto 1161 de 1994, el cual concede al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su selección, ya sea de régimen pensional o de administradora, “dentro de los 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección (...)” por lo que no puede utilizarse como argumento la omisión en el ejercicio de una facultad legal que no le fue advertida por la entidad que debía suministrarle tal información.

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

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

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

Así, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, lo cual no ocurrió en el caso que nos ocupa, por el contrario la única prueba que reposa sobre el traslado de régimen de la promotora es el formulario de afiliación, como se indica en la contestación de la demanda y los alegatos formulados por la AFP con el argumento de que era lo único necesario para éste se produjera.

Ahora, en cuanto a la prueba de la información se tiene que en este punto existe libertad probatoria, ya que no hay norma que exija prueba solemne, y a pesar

que ésta se haya dado verbalmente, ello no la exime de la carga probatoria del artículo 167 del CGP.

Ahora, un punto importante en el presente caso es que, cuando una persona firma un formulario de vinculación o traslado a un determinado fondo de pensiones, independientemente de si es o no beneficiario del régimen de transición, debe demostrarse que se le suministró una información clara, precisa y detallada en relación con las desventajas o beneficios que acarrea trasladarse de un régimen pensional a otro, ya que, lo que se protege es el designio del afiliado de pensionarse cumpliendo con 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 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; lo que trae aparejada la devolución de los dineros descontados por la AFP por concepto de gastos de administración, 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 de las AFP Porvenir S.A., en su apelación, en relación a que no hay lugar a devolver los dineros descontados

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.

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 del accionante como si no se hubiera realizado el traslado de régimen, debiendo asimismo recibir las sumas trasladadas por Porvenir S.A. y Colfondos S.A., incluidos los gastos de administración, los rendimientos generados y lo descontado por concepto de seguro previsional, lo que a su vez garantiza la financiación de la pensión sin que existan detrimentos de la cosa administrada, por ello se ordena la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, sin lugar a descuentos; razón por la cual se confirmará la sentencia de primer grado precisando que dentro de la orden de devolución de los gastos de administración, se incluye el valor descontado por seguro previsional (art. 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 7 de la ley 797 de 2003). Sin que pueda considerarse un enriquecimiento sin justa causa de la administradora de prima media por recibir los gastos de administración, rendimientos y demás emolumentos, dado que el artículo 32 de la Ley 100 de 1993, expresa con claridad que una de las características distintivas del RPMPD es que no existe una cuenta individual, sino un fondo común que va a garantizar las pensiones de todos los afiliados que pertenecen a éste (Corte Constitucional Sentencia C-398 de 1998).

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 de nulidad del traslado del régimen pensional 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, la nulidad del traslado de régimen pensional 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 de la instancia a cargo de las recurrentes Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Inclúyase en la liquidación respectiva la suma de \$ 600.000.00 por concepto de agencias en derecho de esta instancia a cada una.

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 DORA ANDREA RODRIGUEZ BAÉZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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,

A U T O

Reconócese personería a la Dra. María Camila Bedoya García identificada con C.C. No. 1.037.639.320 y la T.P. No. 288.820 del C. S. de la J. como apoderada principal y a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes quien se identifica con la C.C. No 37.627.008 y la T. P. No. 221.228 del C. S. de la J. como apoderada judicial sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 4 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Dora Andrea Rodríguez Báez, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. para que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado por medio de Protección S.A., en consecuencia se condene al fondo de pensiones a trasladar a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y a ésta última a registrar a la activa como afiliada, lo ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados de folios 3 y 4 (archivo 01 CD. fl. 1), en los que en síntesis se indica que: nació el 14 de enero de 1962, efectuó aportes al otrora ISS, a través, de varios empleadores, entre 1982 y 1992, cotizando un total de 538 semanas, encontrándose afiliada a la administradora del régimen público para el 1º de abril de 1994; diligenció un formato de vinculación a la AFP Protección S.A., cuando el asesor acudió a su lugar de trabajo, sin que le suministrara información correcta y veraz de la manera en que se calcularía la pensión, no elaboró proyección de la primera mesada pensional en ambos regímenes, ni comparación de las prestaciones en cada uno de los sistemas; el promotor diligenció el formulario de vinculación; desde el cambio de régimen y a la fecha permanece en la AFP enjuiciada; la redención del bono pensional es el 14 de febrero de 2022; nunca recibió el buen consejo; tampoco se le dijo que el bono pensional se redime para el caso de las mujeres a los 60 años de edad.

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 (archivo 11 CD fl. 1); en cuanto a los hechos aceptó que la demandante nació el 14 de enero de 1962, cotizó al otrora ISS 174,14 semanas, estando a filiada al RPMPD para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, a los demás dijo no constarle. Como medios de defensa propuso los 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, la AFP Protección S.A., en el plazo legal describió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas (archivo 7 CD fl. 1); frente a los hechos aceptó el natalicio de la accionante, la vinculación o traslado a ese fondo de pensiones, la permanencia en esa AFP a la fecha; la redención normal del bono pensional será el 14 de febrero de 2022. Propuso como excepciones de mérito las enlistadas de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe , innominadas o genéricas.

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 (archivo 27 CD. fl. 1) en la que absolvió de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas. Condenó al pago de costas y agencias en derecho a Rodríguez Báez en cuantía de medio SMLMV a favor de cada una de las demandadas.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones solicitó se confirme la sentencia.

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

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

Aunado a lo anterior, debe considerarse que una manifestación del tipo "PROTECCIÓN a través del asesor diligenció el formulario no le hizo (...) una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual", 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 9 de agosto 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.

Discrepa la Sala de la decisión adoptada por la juez de primer grado, al imponer la sanción que trae el artículo 205 del CGP “la inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes (...)” y que fue aplicada a la demandante a causa de que no compareció a la diligencia citada el 28 de julio de 2021 a las 10:00 a.m., en la cual, tendría lugar la audiencia de que trata el artículo 80 del CPTSS, por lo que se presumieron como ciertos las manifestaciones realizadas por Protección S.A. en su contestación respecto de los hechos enlistados del 6 al 12, el 14 parcialmente y 15.

Sobre el particular, se evidencia que la parte actora allegó escrito pasadas la 11:22 a.m. de la precitada fecha en la que indicó que se encontraba “vía MICROSOFT TEAMS desde las 10:00 am. a la espera que el despacho inicie la audiencia programada para el día de hoy a las 10:00 am”.

Luego, en audiencia del 4 de agosto de 2021, la falladora solicitó al secretario del despacho judicial rendir informe en el que el funcionario judicial advirtió “no es cierto que el despacho judicial negara el ingreso a la diligencia (...) que la invitación se remitió al correo electrónico anotado en la demanda abogadafonsecam@hotmail.com y que se adjuntó imagen en la que se observa que la demandante se encontraba a la espera de la reunión en teams del art. 77 del CPTSS y que por eso no pudo ingresar”, de igual manera intervino el apoderado de la parte actora, aduciendo que por error ingresó a la reunión del artículo 77 del CPTSS y que fue ese mismo vínculo el que remitió a la demandante para su comparecencia.

Al punto, se tiene que en la demanda que data del año 2019 se inscribieron como correos electrónicos para la demandante abogadafonsecam@hotmail.com y su

apoderado abogadofonsecacam@hotmail.com, remitiendo únicamente la invitación a la demandante sin tener en cuenta la dirección electrónica del togado que representaba al extremo actor, aunado a que no obra constancia de que se le hubiere informado a aquel el nuevo link para participar en la reunión citada para adelantar la audiencia del artículo 80 del CPTSS.

Aunado a lo anterior, tanto la juez como el Ministerio Público pasaron por alto que en ningún momento la secretaría se comunicó vía telefónica con el abogado para verificar las circunstancias de la inasistencia, máxime cuando la virtualidad impone nuevos retos para quienes cumplen con la función de administrar justicia ante los imprevistos de conectividad como ocurrió en el presente asunto, ni verificó que la dirección electrónica a la que se remitió la comunicación correspondiera a la inscrita por el abogado en SIRNA de conformidad a lo dispuesto en el PCSJA 20-11532 del 11 de abril de 2020, artículo 5º del Decreto 806 de 2020 y artículo 20 del PCSJA 20-11632 del 30 de septiembre de 2020. Así pues, no procedía la sanción del artículo 205 del CGP a la señora Rodríguez Báez y en todo caso, tal presunción admite prueba en contrario, por lo que es factible que se desvirtúe con las demás que obran dentro del plenario (STC 066 del 16 de enero de 2020 Rad. 2019 00091 01).

Se recibió el interrogatorio a la representante de la AFP, quien adujo que la asesora Jacqueline Mojica realizó la afiliación de la actora, dijo que desconoce el lugar en el que se hizo la afiliación, aseguró que a la demandante se le suministraron los cálculos de la prestación pensional e incluso estos cuentan con rubrica de la activa durante la reasesoría el 25 de noviembre de 2008, previo a las modificaciones a las tasas de mortalidad en el que se le indicó que le convenía quedarse en el RAIS, momento en el que contó con la posibilidad de efectuar las preguntas que tuviera respecto de su derecho; también dijo que no le consta la asesoría inicial ni la reasesoría, sólo le consta el protocolo de asesoría que deben seguir los asesores que se expuso en la contestación de la demanda; la proyección que se elabora varía en días, años o meses, por ejemplo que de manera extraordinaria se causen unos rendimientos, se incluya un nuevo beneficiario como un compañero que tenga una edad menor a la de la afiliada; Protección S.A. suministró la información que se exigía para la época del traslado, los consumidores financieros también tiene la obligación de informarse; los extractos

simplemente rinden cuenta del estado financiero de la cuenta de ahorro individual

Así, una vez examinado el acervo probatorio, en su totalidad, debe indicarse que en el caso objeto de estudio no obra medio de convicción alguno que demuestre que, efectivamente, la AFP 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 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, ya que los cálculos pensionales que mencionó la AFP se realizaron lo fueron en el año 2008 y allí que cuando contó con la posibilidad de hacer preguntas sobre su situación pensional, no en el momento del traslado, aunado a que la representante legal expresó que sólo podía dar fe del protocolo que debió seguir la asesora, más no de la información suministrada a la activa, de manera que no se corroboraran las afirmaciones contenidas en los hechos 6 “se impartieron los suficientes elementos de juicio al actor con el fin de dejar plena claridad sobre las condiciones para pensionarse en uno y otro”, 7 “que la PENSIÓN SE CONSTRUYE A TRAVÉS DE UN AHORRO EN UNA CUENTA INDIVIDUAL”, 8 “al momento de la solicitud se le brindó por parte de mi representada una asesoría amplia, correcta, clara, comprensible y suficiente sobre todos los aspectos del RAIS”, 9 y 14 “Al momento de la vinculación de la afiliada a PROTECCIÓN se le informó con claridad que el valor de sus cotizaciones en el régimen anterior sería trasladado a Protección S.A a través de un Bono Pensional cuya fecha de redención ha sido determinada por el legislador a los 60 años para las mujeres”, 10 “a la actora se le explicó de manera clara, suficiente, adecuada y comprensible el funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual y su característica principal que es la construcción de un ahorro por parte del afiliado”, 11 “la Sra. Demandante fue visitada por la ejecutiva de Protección S.A la cual la asesoró de manera objetiva, íntegra, clara y responsable sobre las características tanto del Régimen de Ahorro Individual como del Régimen de Prima Media y dentro de las características del RAIS se le indicaron rasgos diferenciadores”, 15 “se le señalo la fecha límite en la que podía devolverse al régimen de prima media administrado por Colpensiones”

Por lo que contrario a lo establecido en la providencia consultada, no es posible que la determinación de traslado de régimen pensional la realizara la actora de

manera libre y voluntaria, ante la ausencia del deber de información de la enjuiciada.

Sobre el particular, cabe señalar que no emana la ratificación de la afiliación por la permanencia del afiliado al RAIS, la reasesoría, ni a causa del traslado horizontal entre una y otra administradora de dicho régimen, ya que no puede entenderse ello como una exteriorización de su voluntad de haber recibido la información sobre las condiciones y beneficios que es lo que da lugar a la declaratoria de nulidad de dicho traslado, obligación que se debió efectuar en marzo de 1998. Amén de que dicha situación no se presentó en el caso analizado.

Lo anterior, se reitera, configura una anomalía de tal grado que hace ineficaz el traslado y por tanto justifica la declaración de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que la sola suscripción por parte del demandante de la solicitud de vinculación visible a folio 98 (archivo 07 CD fl. 1) 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 lo he efectuado de 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 incorporados en el folio 98 (archivo 07 CD fl. 1) 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.”

En este orden, 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.

Tampoco deviene que la actora 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.

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

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, debiendo restituirse las cosas a su estado original; lo que implica la devolución de los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor, con los rendimientos generados, así como los dineros descontados por concepto de seguro previsional, pues, como ya se dijo, la consecuencia de la declaratoria de nulidad es, precisamente, restarle cualquier efecto al contrato celebrado entre la administradora de pensiones y el demandante.

Entonces, 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 instancia para, en su lugar, declarar la ineficacia o nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Dora Andrea Rodríguez Báez con destino a la AFP Protección S.A., el 2 de marzo de 1998 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año; ordenando a la AFP Porvenir S.A., último fondo al que está vinculada, 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 a Colpensiones, debiendo esta última entidad recibir tales sumas, mantener su afiliación como si no se hubiera realizado el traslado y actualizar su historia laboral.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

Por otra parte, en relación con la excepción de prescripción de nulidad del traslado del régimen pensional 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, la nulidad del traslado de régimen pensional es imprescriptible, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de

adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado que es imprescriptible.

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

RESUELVE

Primero.- *Revocar la sentencia consultada, para, en su lugar, declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por Dora Andrea Rodríguez Báez con destino a la AFP Protección S.A., el 2 de marzo de 1998 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año. De conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta decisión.*

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, gastos de administración a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, entidad que recibirá tales sumas y mantendrá la afiliación como si no se hubiera realizado el traslado de régimen pensional.*

Tercero.- *Declarar no probadas las excepciones propuestas.*

Cuarto.- *Sin costas en 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 GRACIELA NEIRA PORRAS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.

En Bogotá D.C., a los doce (12) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres de la tarde (3:00 p.m.), día y hora previamente señalados por auto anterior para surtir la presente audiencia, el Magistrado Sustanciador la declara abierta en asocio con los demás Magistrados que integran la Sala de Decisión.

Acto seguido, se procede a dictar la siguiente,

A U T O

Reconócese personería al Dr. Gustavo Enrique Martínez González quien se identifica con la C.C. No 1.014.196.194 y la T. P. No. 276.516 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de Colpensiones, en la forma y para los efectos del poder conferido.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el tribunal en el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia del 16 de julio de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

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

DEMANDA

Graciela Neira Porras, por medio de apoderado judicial, promovió demanda en contra Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que reconozca y pague la pensión de vejez junto con los intereses moratorios, lo probado ultra y extra petita y las costas.

Son fundamento de las pretensiones los hechos narrados a folios 3 y 4 en los que en síntesis expresó que: se afilió al otrora ISS el 27 de septiembre de 1976, administradora que reporta 567.21 semanas al 7 de marzo de 2014; solicitó a la demandada “reconocer” las semanas cotizadas desde 1977; debido a que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, elevó petición de reconocimiento de la prestación pensional el 28 de marzo de 2014 la cual se resolvió hasta el 14 de octubre de 2016.

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 27 a35), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en el escrito de la demanda, respecto a los hechos aceptó que la demandante se afilió al ISS el 9 de diciembre de 1987, cotizando un total de 628,17 semanas, la reclamación administrativa y la respuesta.

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 (C.D. fl. 94), en la que absolvió a Colpensiones; declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación e imposibilidad de cumplir con las obligaciones pretendidas; e impuso costas a cargo de la activa.

ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

Corrido el término para alegar de conformidad con lo previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, Colpensiones solicitó se conforme la decisión consultada.

CONSIDERACIONES

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN - PENSIÓN DE VEJEZ

Como quiera que la demandante reclama que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y el reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, es cuestión primordial establecer si se encuentra inmersa en el régimen contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Al respecto, el artículo en mención estableció un régimen de transición para las personas que a la entrada en vigencia de dicha normatividad tuvieran 35 años siendo mujeres o 40 siendo hombres o 20 años de servicio; requisito que cumple la demandante toda vez que para la entrada en vigencia de la referida ley, esto es, el 1 de abril de 1994, acreditaba el cumplimiento del requisito de la edad, toda vez que para el año 1994, contaba con 37 años como se observa en su historia laboral incorporada a folio 60 de la demanda. Por lo que no existe duda que su situación pensional debe ser analizada bajo la óptica del Acuerdo 049 de 1990, por estar afiliada al régimen de prima media administrado por Colpensiones, desde el año 1977.

Ahora en los términos de la norma en cita, la demandante accedería a la pensión de vejez a los 57 años de edad por ser mujer y 500 semanas de aportes dentro de los 20 años inmediatamente anteriores al cumplimiento de la edad mínima exigida o 1000 en cualquier tiempo. Así, la Sala constata que la accionante acredita un total de 1.125,57 semanas cotizadas en toda su vida laboral, esto es, desde el 16 de mayo de 1977 hasta el 31 de agosto de 2020

(fls. 84 a 88), cumpliendo el requisito de la edad el 15 de marzo de 2012 ((ver copia de la cédula de ciudadanía C.D. fl. 35).

En consecuencia, pese a que el régimen de transición se le hizo extensivo más allá del 31 de julio de 2010, por cuanto a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 superaba la edad mínima para poderse pensionar, lo cierto es que el límite temporal establecido en el referido acto legislativo para completar los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990 finalizó el 31 de diciembre de 2014; sin que dentro de ese plazo hubiese acreditado el condicionamiento de las 750 semanas para acceder al derecho deprecado, puesto que acreditó 335,44 semanas al año 2005.

Téngase en cuenta, que de las documentales adosadas al plenario se estableció que la activa solicitaba la inclusión de los períodos 1976/09 a 1977/04 y 1980/10 a 1984/12 con el empleador Surtiboton Ltda. por lo que el litigio se centró en determinar si debían contabilizarse dichos interregnos, sin embargo, revisada la historia laboral, los referidos períodos no se reportan con mora por parte del empleador, toda vez que no existe registro de un vínculo laboral diferente al consignado en el reporte de semanas, del 16 de mayo de 1977 al 9 de septiembre de 1980, con el ya mencionado patrono, sin que se aportara documental alguna que diera fe de pagos de aportes o de la eventual existencia del vínculo laboral.

Al punto, recuérdese que la mora en el pago de aportes y la falta de afiliación al sistema, tienen consecuencias jurídicas diferentes, pues en la primera, hay contrato de trabajo y afiliación, por lo que la desidia de la administradora en el cobro de aportes conlleva a que se convaliden las semanas a favor del afiliado, mientras que en el segundo caso, la omisión y responsabilidad es del empleador al incumplir su deber legal y que con ocasión a ello debe proceder al pago del cálculo actuarial respectivo, evento en el que debe probarse la relación laboral (Sentencia SL 5089 del 2 de diciembre de 2020, Rad. 78487), situación esta última, que no es la suscitada en el sub lite.

De manera que al proceso debió concurrir el empleador, para que se declarara la relación laboral en los lapsos comprendidos 1976/09 a 1977/04

y 1980/10 a 1984/12, y se adoptaran las medidas a que hubiere lugar, como acertadamente lo concluyó el fallador de primer grado.

Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión absolutoria de primer grado; no sin antes recordar que la demandante tampoco cumple con las exigencias del artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la ley 797 de 2003, debido a que para la fecha tampoco cuenta con la densidad de semanas exigidas por la referida disposición.

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,

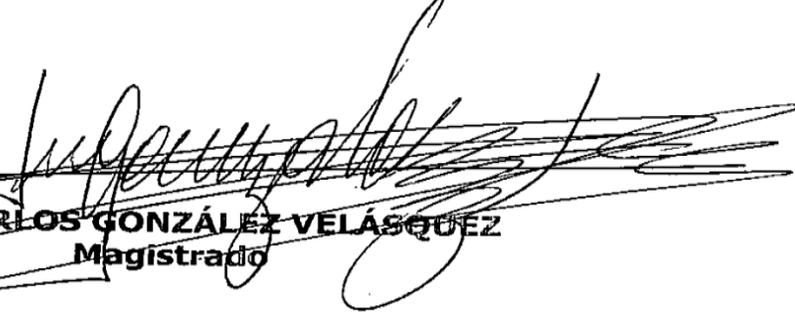
RESUELVE

Primero.- Confirmar la sentencia consultada.

Segundo.- Sin costas en este grado jurisdiccional.

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 NUMAR ALBERTO MURIEL RESTREPO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá, D.C., a los doce (12) días de noviembre 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,

A U T O

Reconócese personería al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos quien se identifica con la C.C. No 1.018.469.231 y la T. P. No. 365.094 del C. S. de la J. como apoderado judicial sustituto de Porvenir S.A., en la forma y para los efectos de los poderes conferidos.

Notifíquese

S E N T E N C I A

Conoce el Tribunal en el grado jurisdiccional de consulta la sentencia del 31 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

DEMANDA

Numar Alberto Muriel Restrepo, por intermedio de apoderado judicial, demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, AFP Colfondos S.A. y Porvenir S.A. para que se declare la nulidad de las afiliaciones realizadas a través de los fondos privados; en consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a girar a Colpensiones todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, y a la administradora del RPMPD a aceptar la afiliación del actor, lo probado de acuerdo a las facultades lo ultra y extra petita y las costas 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 indica que: nació el 20 de junio de 1957, por lo que alcanzaría los 62 años, el mismo día y mes del año 2019; a la presentación de la demandan cuenta con 1.709 semanas cotizadas al sistema general de pensiones, de las cuales 758 fueron cotizadas al otrora ISS entre el 25 de octubre de 1976 y el 26 de agosto de 1999; a finales de 1999 los asesores de la AFP Colfondos S.A. visitaron las instalaciones de la Universidad Jorge Tadeo Lozano, entidad donde laborada, allí dieron unas charlas a los empleados, en las que se ofrecieron beneficios superiores a los ofrecidos en el ISS, omitiendo brindar información clara y precisa, sobre las incidencias o consecuencias del cambio al RAIS, por lo que suscribió el formulario de afiliación el día 23 de septiembre de 1999, trasladándose del RPMPD al RAIS a través de Colfondos S.A.; luego de ello suscribió formularios de afiliación a la AFP Porvenir S.A. el 6 de diciembre de 2001 y 21 de agosto de 2002, sin que en esas oportunidades la AFP cumpliera el deber de información; el IBC es de \$4.000.000; Porvenir S.A. elaboró una proyección pensional en la cual determinó una primera mesada bajo la modalidad retiro programado en cuantía \$1.480.100 para el 20 de junio de 2019, al efectuar la liquidación bajo los parámetros del RPMPD la prestación ascendería a \$4.981.368; solicitó a Colpensiones la nulidad de afiliación al RAIS, cuya respuesta fue adversa a sus intereses.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA - EXCEPCIONES

Admitida la demanda y corrido el traslado de rigor, fue contestada por Colfondos S.A. en forma legal y oportuna, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 89 a 104; en cuanto a los hechos aceptó que el demandante nació el 20 de junio de 1957, la fecha en la que cumpliría 62 años y la afiliación a ese fondo de pensiones. Sobre los demás dio no constarle o no ser ciertos. Como medios de defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

A su turno, Colpensiones S.A., en el plazo legal describió el traslado a la demanda, oponiéndose a las pretensiones formuladas folios 119 a 126 frente a los hechos aceptó la vinculación al RPMPD, el natalicio del demandante, la reclamación elevada y la respuesta a esta. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, declaratoria de otras excepciones.

La AFP Porvenir S.A. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, en cuanto a los hechos aceptó la vinculación a ese fondo privado, el IBC sobre el cual efectúa los aportes para pensión y la fecha de nacimiento del actor, a los demás dijo no ser ciertos y no constarle; invocó como excepción previa presento la denominada falta de integración del contradictorio y como perentorias las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa probatoria conforme lo solicitado por las partes y decretado por el juez de conocimiento, éste puso fin a la primera instancia mediante la sentencia referida al inicio de este fallo (CD. fl. 296) en la que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS el 23 de septiembre de 1999; ordenó a Porvenir S.A. a trasladar todos los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual del actor a la administradora del RPMPD, y a

ésta a recibir dichos recursos, acreditándolos como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS como consecuencia natural con la ineficacia del traslado. No impuso condena en costas.

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 alegatos en esta instancia, en la que pidió revocar totalmente la sentencia, en razón a que no se configuran los supuestos de la ineficacia de traslado, puesto que, además del cambio de régimen el demandante tuvo traslados horizontales dentro de las administradoras del RAIS de manera libre y voluntaria.

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 favor de Colpensiones 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 Colfondos 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 en el grado jurisdiccional de consulta al no haberla recurrido ; precisando que era Colfondos 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

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

retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio jurídico no hubiera existido, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre), o desde el momento mismo en que el acto nulo tuvo su origen (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 Porvenir S.A. y actualizar la historia laboral de Numar Alberto Muriel Restrepo como acertadamente lo concluyó el a quo.

Bajo este entendimiento, ante la indiscutible falta de información que se le debió brindar al demandante en el momento de su traslado, se confirmará la decisión 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, la nulidad del traslado de régimen pensional 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.

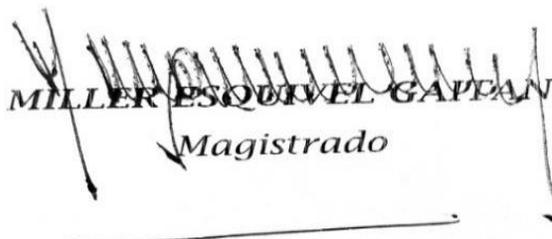
En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Tercera de Decisión de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero.- *Confirmar la sentencia 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